

**Alma Mater Studiorum - Università di Bologna in cotutela con
Universidad de Granada**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXXVI



**Settore Concorsuale: 12/G2 -
DIRITTO PROCESSUALE PENALE**

**Settore Scientifico Disciplinare:
IUS/16 - DIRITTO PROCESSUALE
PENALE**

**UNIVERSIDAD DE GRANADA
ESCUELA INTERNACIONAL
DE POSGRADO
PROGRAMA DE
DOCTORADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS**



TESIS DOCTORAL

**DEPARTAMENTO DE
DERECHO PROCESAL**

**“EL AGENTE ENCUBIERTO: INSTRUMENTO DE
INVESTIGACIÓN Y MEDIO PROBATORIO EN LA LUCHA
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA”**

Presentata da: Susana Sánchez González

Coordinatore Dottorato

Prof. Marco Cavina

Supervisore

Prof. Francisco Javier Garrido Carrillo

Prof. Renzo Orlandi

Esame finale anno 2024

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Susana Sánchez González
ISBN: 978-84-1195-918-6
URI: <https://hdl.handle.net/10481/108757>

A las personas que luchan día tras día por un futuro mejor.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
RESUMEN EXTENSO	11
SOMMARIO ESTESO	13
INTRODUCCIÓN	15
INTRODUZIONE	23

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL AGENTE ENCUBIERTO

1.1.EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES DEL AGENTE ENCUBIERTO	31
1.2. ESPECIALMENTE EN EUROPA.....	36
1.3. ESPECIALMENTE EN ESPAÑA	39

CAPÍTULO SEGUNDO

EL AGENTE ENCUBIERTO: CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE FIGURAS

AFINES. REGULACIÓN LEGAL Y MEDIO DE ACTUACIÓN

2.1. CONCEPTO	43
2.1.1. Aproximación al concepto de agente encubierto en la jurisprudencia.....	44
2.1.2. Aproximación al concepto de agente encubierto en la doctrina.....	46
2.1.3. La infiltración policial y el agente encubierto: dos conceptos distintos	53
2.2. FIGURAS AFINES	60
2.2.1. Los confidentes o arrepentidos.....	60
2.2.2. Los testigos anónimos	77
2.2.3. Los servicios de inteligencia. Los agentes del centro nacional de inteligencia	91
2.2.4. Los whistleblowers o informantes	106
2.2.5. Las entregas vigiladas	130
2.3. REGULACIÓN LEGAL	149

2.3.1. Marco normativo internacional	151
2.3.2. Marco normativo europeo	154
2.3.3. Marco normativo español: pasado, presente y futuro	160
2.4.MEDIO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO: LA DELINCUE- CIA ORGANIZADA	177
2.4.1.Concepto de delincuencia organizada en la actualidad.....	178
2.4.2. Evolución de la delincuencia organizada	183
2.4.3. Principales características de la delincuencia organizada	201
2.4.4. Factores de la delincuencia organizada.....	204
2.4.5. Delincuencia organizada y terrorismo.....	207

CAPÍTULO TERCERO

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN PENAL. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS INVESTIGADOS EN LA INSTRUCCIÓN

3.1.CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN PENAL	210
3.1.1. Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas.....	210
3.1.2.La falsa identidad y el plan de la operación encubierta.....	215
3.1.3.Autorización judicial obligatoria, expresa y motivada. Características de la autorización judicial	223
3.1.4.Delitos que puede investigar el agente encubierto y actividades que puede realizar	233
3.1.5. Información que debe aportar el agente encubierto.....	238
3.2.MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO DURANTE LA INVESTIGACIÓN	246
3.2.1. Identidad real guardada en una pieza separada y secreta	246
3.2.2. Aplicación de la LOPTP	247
3.2.3. Aplicación de otras medidas de protección no previstas en la LOPTP.....	250

3.2.4. Forma de procesar al agente encubierto y su posible futura exención de responsabilidad criminal	253
3.3. LÍMITES DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN O DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO	254
3.3.1. El delito provocado.....	255
3.3.2. El respeto de los principios del proceso penal durante la instrucción.....	262
3.3.3. El respeto de los derechos y garantías de los investigados durante la instrucción.....	273

CAPÍTULO CUARTO

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS ACUSADOS EN EL JUICIO ORAL

4.1. LAS ACTAS Y LOS TESTIMONIOS DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	298
4.1.1. La protección del agente encubierto durante el juicio oral con la LOPTP .	299
4.1.2. Los medios probatorios aportados por el agente encubierto: Prueba documental, testifical y prueba pericial o policial de inteligencia. Valoración de la prueba y peso probatorio	303
4.1.3. Prueba ilícita, prueba prohibida y nulidad probatoria	325
4.1.4. Descubrimientos y hallazgos casuales del agente encubierto. El uso de los medios probatorios conseguidos por el agente encubierto en otro proceso	328
4.2. LÍMITES DE LA PRUEBA TESTIFICAL DEL AGENTE ENCUBIERTO...	335
4.2.1. El respeto de los principios del proceso penal durante el juicio oral	337
4.2.2. El respeto de los derechos y garantías de los acusados durante el juicio oral	348
4.2.3. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos	353
4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO	357
4.3.1. Responsabilidad penal.....	357

4.3.2. Responsabilidad disciplinaria.....	364
4.3.3. Responsabilidad civil	365

CAPÍTULO QUINTO

EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL

5.1. INTRODUCCIÓN	369
5.2. CONCEPTO	372
5.3. PRINCIPALES FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL.....	373
5.3.1. Debe ser un agente policial	374
5.3.2. Es voluntario	375
5.3.3. Su utilización es excepcional	375
5.3.4. Debe ser autorizado por el Juez de Instrucción.....	375
5.3.5. Solo puede investigar los delitos recogidos en el art.282 BIS o en el art. 588 TER a) LECrim	380
5.3.6. Debe transmitir la información a quien lo autorizó.....	381
5.3.7. Es una medida de investigación menos costosa y peligrosa	382
5.3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL..	382
5.3.1. Sobre la provocación del delito	382
5.3.2. Sobre el respeto a los principios del proceso penal, derechos y garantías del enjuiciado	387
5.4. EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Y COMO MEDIO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL	391
5.5. CONCLUSIONES SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL	395

CAPÍTULO SEXTO

LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DEL AGENTE ENCUBIERTO

6.1. INTRODUCCIÓN	399
6.2. COOPERACIÓN JUDICIAL CON OTROS ESTADOS EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PENAL: ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO.....	400
6.2.1. El Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal	400
6.2.2. Orden Europea de Investigación en materia penal	401

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA

7.1. REGULACIÓN LEGAL	407
Legge 9 ottobre 1990, n. 309 Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685 recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, provenzone, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.....	407
Legge 15 marzo 1991, n. 82, conversione in legge, con modificazioni, de decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia.	409
Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306 Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa.....	409
Legge 3 agosto 1998, n. 269 Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù	410
Legge 15 dicembre 2001, n. 438 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale.....	411
Legge 16 marzo 2006, n. 146. Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001	411

Legge 3 agosto 2007, n. 124 Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto in particolare agli art. 17-28.	414
Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia	417
Legge 9 gennaio 2019, n. 3. Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici.	420
7.2. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL	421
7.2.1. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia	421
7.2.2. Autorización de las actividades encubiertas, información al Juzgado y duración	423
7.2.3. Ámbito de actuación de los agentes encubiertos Italia. Delitos que puede investigar, actividades que puede realizar y la posible exención de responsabilidad criminal del agente encubierto en Italia	425
7.3. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO .	431
7.4. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN ITALIA.....	437
7.4.1. Autorización e información del agente encubierto informático en Italia....	439
7.4.2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático en Italia	440
7.4.3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático en Italia.	441
7.5. CONCLUSIONES SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA	443
CONCLUSIONES	445
CONCLUSIONI	461
BIBLIOGRAFÍA	477
DOCTRINA.....	477
Otros documentos y páginas webs	495
JURISPRUDENCIA.....	500
Internacional.....	500
Nacional	501

Nota final	510
-------------------------	------------

ABREVIATURAS

A.A.I	Autoridad Independiente de Protección del Informante
ALECRIM	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa
CICO	Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado
CITCO	Centro de Inteligencia Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado
CNCA	Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista
CNI	Centro nacional de inteligencia
CP	Código Penal
DEDIDE	Departamento Especial de Información del Estado
DIS	Dipartimento delle informazioni per la sicurezza
GIFA	Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOPTP	Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPDPGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LRCNI	Ley 11/2002, de 6 de mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia
OEI	Orden Europea de Investigación
pp.	Páginas

RD	Real Decreto
ss.	Siguientes
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCI	Sistema de Coordinación de Investigaciones
SECED	Servicio Central de Documentación
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de derechos Humanos
SIM	Servicio de información militar
SIPM	Servicio de Información y Policía Militar
SIDE	Servicio de Información Diplomática Especial
SIFNE	Servicio de Información de la Frontera Norte de España
SICOA	Sistema de Coordinación de Operaciones Antiterrorista
SVA	Servicio de Vigilancia Aduanera
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

RESUMEN EXTENSO

La delincuencia organizada ha puesto en crisis al proceso penal y supone un gran reto desde la perspectiva de la investigación penal debido a que se trata de una fenomenología delictiva en continua transformación, transnacional, opaca, jerarquizada, vengativa y violenta. Los ilícitos cometidos en su seno son difíciles de investigar y sus procesos penales son complejos. Por ello, en este trabajo analizamos uno de los instrumentos o herramientas más eficientes y eficaces para combatir y castigar la delincuencia organizada: el agente encubierto.

El agente encubierto es un funcionario de la Policía Judicial autorizado por el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez para actuar bajo identidad supuesta pudiendo adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos en investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. En esta tesis doctoral, diferenciamos las operaciones encubiertas de las actividades de infiltración policial, delimitamos esta figura respecto a otras afines como los confidentes o arrepentidos, los testigos anónimos, los agentes del centro nacional de inteligencia, los whistleblowers o informantes o la entrega vigilada. Se describe y delimita la figura del agente encubierto desde sus dos principales perfiles, roles o vertientes en el proceso penal: en primer lugar, como instrumento de investigación o diligencia de investigación penal en la instrucción y en segundo lugar como medio probatorio en el juicio oral o plenario.

En el estudio del primero de sus roles o vertientes exponemos cuáles son sus características, explicamos que debe ser autorizado por el Juez de Instrucción o Fiscal, las personas que pueden protagonizar dicha actividad, que se les otorga una identidad falsa o ficticia y que tienen un plan de la operación encubierta, que necesitan contar con una autorización judicial o fiscal obligatoria, expresa y motivada y que deben transmitir la información que vayan recabando al Juez o Fiscal que les autorizó como agente encubierto. Delimitamos su ámbito de actuación que es la delincuencia organizada y dentro de la misma concretamos que solamente pueden investigar los delitos previstos en la lista cerrada que encontramos en el apartado cuatro del art. 282 BIS de la LECrim. En esta primera parte también nos centramos en las medidas y recursos para proteger al agente encubierto durante el proceso, fijamos los límites de actuación con los que cuenta el agente encubierto como instrumento o diligencia de investigación que son la provocación del delito y el respeto a los principios del proceso penal así como a los

derechos y garantías de los investigados y analizamos cómo afecta su actuación y los limita.

En el estudio del segundo de sus roles o vertientes explicamos que las actas aportadas por los agentes encubiertos así como sus testimonios constituyen medios probatorios y tratamos de definir ante qué tipo de medio probatorio nos encontramos, si se trata de una prueba documental, una prueba testifical o una prueba pericial o policial de inteligencia. También, analizamos la valoración de esta prueba y el peso probatorio que la doctrina y la jurisprudencia le han dado. En esta segunda parte del trabajo también nos centramos en los límites de la prueba testifical del agente encubierto que son el respeto a los principios del proceso penal así como los derechos y garantías de los ya acusados que puede afectar y limitar dada la doble protección que pueden mantener los agentes encubiertos en el juicio oral: la propia de ser un testigo protegido en España es decir, la que dimana de la aplicación de la LOPTP y además, la posibilidad de mantener su identidad supuesta, art. 282 BIS apartado dos de la LECrim. Posteriormente, sistematizamos la responsabilidad tanto penal, disciplinaria como civil en que podrían incurrir los agentes encubiertos.

En los siguientes capítulos analizamos el nuevo tipo de agente encubierto que se incluyó en la LECrim en el 2015, el agente encubierto informático o virtual, describimos y criticamos la regulación actual de la actuación internacional de los agentes encubiertos y por último nos centramos en examinar la regulación que ha dado el ordenamiento jurídico italiano a esta figura con el fin de tratar de obtener respuestas o soluciones a las lagunas jurídicas que existen en el ordenamiento jurídico español en cuanto a esta figura. Finalmente, concluimos con unas propuestas de *lege ferenda* acompañadas de las ideas más importantes que extraemos tras las investigaciones realizadas.

SOMMARIO ESTESO

La criminalità organizzata ha messo in crisi il processo penale e rappresenta una grande sfida dal punto di vista dell'investigazione penale, perché è una fenomenologia criminale in costante evoluzione, transnazionale, opaca, gerarchica, vendicativa e violenta. I reati commessi al suo interno sono difficili da indagare e i suoi procedimenti penali sono complessi. Per questo, in questo lavoro analizziamo uno degli strumenti più efficienti ed efficaci per combattere e punire la criminalità organizzata: l'agente sotto copertura.

L'agente sotto copertura è un funzionario di Polizia Giudiziaria che viene autorizzato dal Giudice Istruttore competente o dal Pubblico Ministero, dandone immediata comunicazione al Giudice, ad agire sotto falsa identità, potendo acquisire e trasportare oggetti, effetti e strumenti di reato e differirne il sequestro in indagini che riguardano attività di criminalità organizzata. In questa tesi di dottorato si distingue tra le operazioni sotto copertura dalle attività di infiltrazione della polizia, delimitando questa figura rispetto ad altre correlate come i confidenti o i pentiti, i testimoni anonimi, gli agenti del centro di intelligence nazionale, gli "whistleblowers" oppure informatori o le consegne controllate. Si descrive e delimita la figura dell'agente sotto copertura sotto i suoi due principali profili, ruoli o aspetti nel processo penale: in primo luogo, come strumento di indagine o diligenza investigativa penale nelle indagini e, in secondo luogo, come mezzo di prova nel giudizio dibattimentale.

Nello studio del primo dei suoi ruoli o aspetti, ne spieghiamo le caratteristiche, spieghiamo che devono essere autorizzate dal Giudice Istruttore o dal Pubblico Ministero, le persone che possono svolgere questa attività, che sono dotate di un'identità falsa o fittizia e che hanno un piano per l'operazione sotto copertura, che devono avere un'autorizzazione giudiziaria o del Pubblico Ministero obbligatoria, espressa e motivata e che devono trasmettere le informazioni raccolte al Giudice o al Pubblico Ministero che le ha autorizzate come agente sotto copertura. Delimitiamo il suo campo d'azione, che è la criminalità organizzata, e all'interno di esso specifichiamo che può indagare solo sui reati inclusi nella lista chiusa che si trova nel quarto paragrafo dell'articolo 282 BIS. In questa prima parte ci concentriamo anche sulle misure e sulle risorse per proteggere l'agente sotto copertura durante il processo. Fissiamo i suoi limiti all'azione dell'agente sotto copertura come strumento di indagine o diligenza investigativa penale che sono la provocazione del reato e il rispetto dei principi della procedura penale, nonché dei diritti

e delle garanzie degli indagati, e analizziamo come le sue azioni li influenzano e li limitano.

Nello studio del secondo dei suoi ruoli o aspetti, spieghiamo che le registrazioni fornite dagli agenti sotto copertura e le loro testimonianze costituiscono prove e cerchiamo di definire il tipo di prova con cui abbiamo a che fare, se si tratta di prove documentali, prove testimoniali o prove di esperti o di intelligence della polizia. Abbiamo anche analizzato la valutazione di queste prove e il peso probatorio che la dottrina e la giurisprudenza le hanno attribuito. In questa seconda parte ci soffermiamo anche sui limiti della prova testimoniale dell'agente sotto copertura, che sono rispettare dei principi del processo penale nonché dei diritti e delle garanzie del perseguito che possono essere limitati e sfumati data la doppia protezione che gli agenti sotto copertura possono avere nel processo orale: quella di essere un testimone protetto in Spagna e anche la possibilità di mantenere la loro identità fittizia, art. 282 BIS paragrafo due della LECrim. Segue una sistematizzazione della responsabilità penale, disciplinare e civile in cui possono incorrere gli agenti sotto copertura.

Nei capitoli successivi analizziamo il nuovo tipo di agente sotto copertura inserito nel LECrim nel 2015, l'agente sotto copertura informatico o virtuale, descriviamo e criticiamo l'attuale regolamentazione dell'azione internazionale degli agenti sotto copertura e infine, ci concentreremo sull'esame della regolamentazione che l'ordinamento giuridico italiano ha dato a questa figura per cercare di trovare risposte o soluzioni alle lacune giuridiche che esistono nell'ordinamento giuridico spagnolo riguardo a questa figura. Per finire, concludiamo con alcune proposte di *lege ferenda* accompagnate dalle idee più importanti che abbiamo fatto dopo la nostra ricerca.

INTRODUCCIÓN

El art. 282 BIS de la actual LECrim determina que el agente encubierto es un funcionario de policía que, de manera voluntaria, es autorizado por el Juez o Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, mediante resolución fundada para actuar bajo identidad supuesta y adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos en las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.

Así es como se recoge en la norma procesal actual la figura objeto de análisis de esta tesis. Se trata de una diligencia de investigación con una regulación muy tardía a pesar de que la técnica de la infiltración ha sido utilizada desde tiempos inmemorables, de hecho las primeras civilizaciones enviaban a personas a las poblaciones vecinas para preparar sus conquistas. No eran verdaderos agentes encubiertos sino personas que utilizaban la técnica de la infiltración porque no existía regulación legal alguna sobre el agente encubierto.

La figura del agente encubierto surge en Francia en el siglo XIII ligada al agente provocador ``agent provocateur`` o delatores, su origen se encuentra ligado a figuras afines como los espías, los confidentes o los arrepentidos, estas personas eran utilizadas para luchar contra los enemigos del Antiguo Régimen. Aún así, dado el carácter secreto de estas actividades no se solía producir la documentación de los mismos, dando lugar a que no exista un criterio unificado sobre los orígenes del agente encubierto. Los primeros antecedentes del agente encubierto quizá puedan estar en las operaciones encubiertas de particulares controladas por la policía, como observamos en primer lugar en París donde sus inspectores de policía contrataban a personas cercanas a círculos delictivos para investigarlos, no eran realmente agentes encubiertos sino figuras parecidas que utilizaban la técnica de la infiltración y cuya actividad estaba controlada por la policía del momento. En EEUU, la actividad de los agentes encubiertos también nace coordinada por la policía y sin ningún tipo de control judicial. En Europa, observamos antecedentes a las operaciones encubiertas especialmente durante la II Guerra Mundial, durante ésta y tras la misma pero de nuevo se trataba de personas que no eran policías que investigaban para el Estado a cambio de dinero u otras prestaciones.

En España, específicamente aumentaron este tipo de operaciones antecedentes a la figura objeto de estudio antes de la Guerra Civil durante ésta y tras la misma creemos que las personas que servían al poder investigando cuestiones políticas relacionadas con

causas criminales a las que se les permitía cometer delitos y provocarlos representan el origen del agente encubierto y que específicamente el antecedente más inmediato del mismo es el agente provocador cuya teoría jurisprudencial se inicia en el 1950 con la STS 979/1950, de 22 de junio en la cual ya se trata al agente provocador como diligencia de investigación. Así como en las actividades policiales de infiltración sin contar con autorización judicial previa que podemos encontrar por primera vez en la jurisprudencia en el 1984, STS 1570/1984, de 15 de noviembre.

Los primeros pronunciamientos del TS sobre el agente encubierto en realidad hablan de infiltración policial porque el agente encubierto no estuvo previsto legalmente hasta el 1999 que se introduce en la LECrim. En este trabajo de investigación se diferencian las operaciones encubiertas protagonizadas por un agente encubierto de las actividades de infiltración policial realizadas por un policía infiltrado. Son cuestiones distintas, la principal diferencia radica en que para ser agente encubierto siempre debe tener autorización judicial o fiscal y por ello, se le puede aplicar lo dispuesto en el art. 282 BIS dando lugar a que dicho agente cuente con unas garantías procesales y penales mejores y distintas a las que tienen los policías infiltrados como por ejemplo, que podrían estar exentos de responsabilidad penal por aquellas actuaciones ilícitas necesarias y proporcionales a la investigación y que no constituyan la provocación del delito.

Posteriormente, diferenciamos al agente encubierto de otras figuras y diligencias de investigación con las que comparte algunas características y diversos rasgos pero que, a pesar de ser afines son figuras distintas, tales como los confidentes o arrepentidos, los testigos anónimos, los agentes del servicio de inteligencia, los denunciantes o whistleblowers y también nos referimos a la entrega vigilada. Todas estas figuras o instituciones comparten con el agente encubierto el sigilo, la ocultación para conseguir investigar y obtener pruebas pero son distintas a la figura objeto de estudio de este trabajo, por ello las explicamos para terminar de definir y diferenciarla de otras figuras parecidas.

Una vez delimitado el concepto de agente encubierto de las figuras afines nos adentramos en su regulación legal relatando que en primer lugar se positivó la técnica de la infiltración policial, los países incluyeron en sus normas la posibilidad de infiltrar a funcionarios de la policía con fines investigativos pero no se hablaba de agentes encubiertos por lo que el antecedente más inmediato a la regulación legal del agente encubierto es la regulación de la técnica de la infiltración policial y del policía infiltrado.

En la actualidad sí que contamos con una regulación específica y distinta sobre el agente encubierto en cada Estado debido al aumento de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, corrupción y terrorismo. Estas regulaciones cuentan con diferencias que no resultan positivas ni a nivel penal ni procesal. Su regulación legal a nivel internacional la encontramos en normas creadas para paliar el aumento de la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, la corrupción y para garantizar la cooperación entre los Estados.

Específicamente en España se incluye por primera vez en la LECrim en el 1999 añadiendo el apartado BIS al art. 282 sobre la policía judicial que ya recogía nuestra norma procesal para combatir la delincuencia organizada. Posteriormente, este artículo es reformado hasta en tres ocasiones, en el 2003¹, en el 2010² y en el 2015³ por la que se incorpora en la LECrim un nuevo tipo de agente encubierto, el informático o virtual.

También analizamos la regulación legal que el legislador procesal ha plasmado en el ALECrím. Estudiamos su título séptimo dedicado a las investigaciones encubiertas y dentro del mismo nos centramos en su capítulo II que regula el agente encubierto tradicional y el capítulo III el agente encubierto informático o virtual. Mostrando que se trata de una regulación más profunda, más precisa y más amplia que ofrece algunas respuestas a las peticiones doctrinales y jurisprudenciales pero que, adelantamos que no nos parecen suficientes.

Posteriormente, describimos el medio o ámbito de actuación para el que solo puede ser autorizado a investigar el agente encubierto, la delincuencia organizada. Así el CP, en su art. 570 BIS, define lo que debemos entender por organización criminal determinando que se trata de una agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos y fija las penas para quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal y para quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren

¹ A través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre incorporando a la lista de delitos que puede investigar el agente encubierto los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 CP.

² Por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio añadiendo en esta ocasión los delitos de obtención y tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos previstos en el art. 156 BIS del CP, también el delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 BIS del CP así como los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 BIS CP.

³ Gracias a la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

económicamente o de cualquier otro modo con la misma. Por su parte, el art. 282 BIS LECrim en su apartado primero dice que el agente encubierto puede ser autorizado cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada y en su apartado cuarto la LECrim también define la delincuencia organizada como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que a continuación enumera en una lista *numerus clausus* que encontramos en el propio art. 282 BIS que únicamente son los que puede investigar el agente encubierto, cuestión que criticamos.

En esas páginas hemos tratado de acercar al lector a la realidad que el agente encubierto trata de investigar creando un marco necesario sobre su ámbito de actuación para entender por qué el agente encubierto es una diligencia de investigación penal necesaria ya que es capaz de llevar a cabo investigaciones tan complejas como las que se deben realizar cuando se trata de investigar delitos supuestamente perpetrados por organizaciones criminales. De esta forma, exponemos el concepto de delincuencia organizada en la actualidad, especificamos la diferencia entre organización y grupo criminal, narramos la evolución que tiene la delincuencia organizada a nivel internacional y especialmente en España, explicamos sus principales características y factores y diferenciamos el terrorismo de la delincuencia organizada. Finalmente, nos referimos a la delincuencia organizada especialmente en Italia dada la vertiente internacional de esta tesis.

A continuación, abordamos el primero de los dos perfiles o roles que tiene el agente encubierto en el proceso penal: constituir un instrumento de investigación durante la instrucción de una causa. Para comprender la primera de sus vertientes describimos cuáles son las características de esta herramienta de investigación. Especificamos que solamente la policía judicial de manera voluntaria es la que puede llevar a cabo esta labor y que dentro de la misma existe una Unidad Especializada de Agentes Encubiertos. Hablamos de la identidad supuesta suministrada por el Ministerio del Interior y del plan de la operación encubierta que crea la policía judicial de manera exclusiva para cada una de las investigaciones, también de la autorización judicial o fiscal obligatoria, expresa y motivada que legitima su actuación y hace que le pueda ser de aplicación el art. 282 BIS LECrim al agente. Exponemos cuáles son los delitos que en la actualidad puede investigar el agente encubierto dentro de la delincuencia organizada llevando a cabo su posterior

crítica y delimitamos las actividades que puede realizar el mismo ya que el art. 282 BIS los faculta a actuar bajo la identidad supuesta a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, es decir a retrasar su incautación quedando además, legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo la identidad falsa. El agente encubierto puede actuar como cualquier otra persona real para dar apariencia verídica a su personaje lo cual criticamos proponiendo otros límites.

En este capítulo, explicamos cómo el agente encubierto ayuda a impulsar el proceso penal a través de la información que tiene que ir aportando a la causa a quién irá dirigida tal información, la asiduidad con que normalmente suele remitirse y la variedad de formas en que puede materializarse, es decir, aquí estudiamos las llamadas ``actas`` que tiene que crear el agente encubierto en las que deberá plasmar toda la información que vaya obteniendo, en su integridad, para ponerla a la mayor brevedad posible a disposición de quien autorizó la investigación. Realizamos un análisis de las principales características de dichas actas dada su gran importancia y protagonismo en estos procesos por ello, especificamos los profesionales que las crean en la práctica a la par que sistematizamos sus características, tipos y contenido.

En este mismo capítulo dedicamos un apartado a explicar cuáles son las medidas de protección que, de acuerdo a la regulación legal vigente hoy en día se pueden aplicar a los agentes encubiertos durante sus investigaciones, esto es, mantener su identidad supuesta en la pieza separada y secreta de forma que su identidad real solamente sea conocida por el Juez, el Fiscal y en LAJ, poder aplicarle la LOPTP 1994 como a cualquier otro testigo protegido, la posible exención de su responsabilidad criminal y la forma especial de procesarlos según el apartado quinto del art. 282 BIS. Todo ello para combatir los riesgos que entraña investigar una organización criminal y que el agente de policía que protagoniza la operación encubierta tiene que soportar destacando el principal: que los sospechosos lleguen a descubrir que están siendo investigados por un policía, en esas páginas también proponemos una serie de medidas de protección que consideramos deberían implementarse para aumentar la seguridad del encubierto como evitar por todos los medios que acuda a declarar al juzgado de instrucción, que dicha diligencia siempre se lleve a cabo por videoconferencia, que siempre se le informe con antelación de que se va a levantar el secreto del sumario cuando lo ha habido y la creación un mecanismo de alerta seguro que permita al agente encubierto comunicar que es un agente encubierto

cuando sea detenido en un partido judicial distinto al del juzgado que instruye la causa o antes de que el Fiscal que ha autorizado su actuación de cuenta al Juez competente.

Una vez narrado todo lo anterior nos centramos en los límites de esta diligencia de investigación: en primer lugar, uno de los más importantes que consiste en no provocar el delito. Mostramos cuáles han sido las posturas que han ido adoptando los tribunales internacionales y nacionales sobre el delito provocado. En segundo lugar, analizamos profundamente el otro gran límite del agente encubierto que es respetar los principios del proceso penal, en concreto, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, adecuación, idoneidad y necesidad o subsidiariedad, el principio de búsqueda de la verdad material no real, y el principio de publicidad así como respetar las garantías y los derechos de los investigados tales como el derecho a la intimidad, art. 18.1 CE, el derecho a la protección de datos, art. 18.2 y 4 CE, derecho a la autodeterminación informativa y al libre desarrollo de la personalidad, art. 18.4 CE, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, art. 18.2 CE, el derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, art. 24 CE, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE, el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, art. 24.3 CE; analizando para ello cómo las actividades de investigación que lleva a cabo el agente encubierto pueden limitar y afectar a los mismos.

Posteriormente, nos adentramos en la segunda vertiente o perfil del agente encubierto, constituir un medio probatorio en el proceso penal porque a pesar de que el principal objetivo del agente encubierto es aportar al proceso las pruebas que encuentre durante sus investigaciones también es una fuente de pruebas, dimanando del mismo su prueba testifical. De esta forma, mediante un estudio doctrinal determinamos la naturaleza o tipo de medio probatorio que constituyen las actas y los testimonios aportados por el agente encubierto decidiendo si deben ser prueba documental, prueba testifical o prueba pericial o policial de inteligencia. Tras esto, llevamos a cabo un estudio de jurisprudencia reciente para determinar el valor o peso probatorio que normalmente tienen los mismos, especificando si suelen ser valorados como indicios que requieren de otros medios probatorios para enervar la presunción de inocencia o si, por el contrario pueden constituir prueba de cargo que por sí sola venza la presunción de inocencia. Explicamos cuándo las pruebas que recabe el agente encubierto serían ilícitas y cuando serían prohibidas y exponemos los distintos escenarios que se pueden propiciar cuando el agente encubierto realiza descubrimientos y hallazgos casuales en el curso de sus

investigaciones. Especificamos cuándo serían válidos dichos medios probatorios que recabe y analizamos la posibilidad de que los mismos se puedan usar en otros procesos.

En este capítulo, fijamos que el límite de la prueba testifical del agente encubierto debe ser respetar los principios del proceso penal así como los derechos de los ya acusados. Por ello, analizamos cómo la doble protección que puede recibir el agente encubierto durante su presencia en las sesiones del juicio oral esto es, poder mantener la identidad supuesta y que se le pueda aplicar la LOPTP impacta, limita y matiza los principios del proceso penal tales como el principio de igualdad de armas, el principio de culpabilidad, el principio de contradicción, inmediación y publicidad arts. 24 y 120 CE y especialmente el derecho de defensa de los enjuiciados art. 24 CE. Exponemos cuándo se verían vulnerados y proponemos soluciones para cohonestar la necesaria protección del encubierto con el respeto a los principios del proceso penal y el derecho a la defensa de los enjuiciados.

Por último, sistematizamos el régimen de responsabilidad del agente encubierto actualmente en España, tanto penal, disciplinar como civil. Criticamos la excusa absolutoria recogida en el art. 282 BIS apartado quinto de la LECrim que se le aplicará al agente encubierto cuando cometa delitos que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y sean proporcionales a la misma y no provoque el delito. También explicamos y criticamos la forma especial de procesar al agente encubierto que encontramos en el segundo párrafo del mismo apartado y artículo.

El quinto capítulo de este trabajo lo dedicamos de manera exclusiva al agente encubierto informático o virtual previsto en el apartado sexto del art. 282 BIS LECrim realizando un profundo estudio de este nuevo tipo de agente encubierto, dado que cada vez son más los delitos que se cometen o preparan en internet. Exponemos sus características y principales funciones, mostramos los debates doctrinales que laten entorno al mismo y también lo analizamos como un instrumento de investigación así como un medio probatorio en la lucha contra la delincuencia organizada que tiene lugar en la web profunda.

Posteriormente en el capítulo sexto, describimos y criticamos la regulación actual de la actuación internacional de los agentes encubiertos tan necesaria de cara a la cooperación entre Estados dado el carácter internacional que tiene la delincuencia organizada y, por lo tanto, las operaciones encubiertas que se desarrollan en la actualidad.

El último capítulo, el séptimo lo dedicamos al agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano, realizando una compilación de las normas donde se ha regulado, estudiando su evolución legislativa, planteando las dicotomías con respecto al agente encubierto en España. Explicamos sus dos perfiles o vertientes, constituir una diligencia de investigación y un medio probatorio, en el proceso penal italiano. Finalmente, también analizamos la figura del agente encubierto virtual o informático en Italia.

INTRODUZIONE

L'articolo 282 BIS dell'attuale LECrim stabilisce che l'agente sotto copertura è un agente di polizia che, volontariamente, è autorizzato dal Giudice o dal Pubblico Ministero, dandone immediata comunicazione al Giudice, mediante una delibera ben motivata ad agire sotto un'identità presunta e ad acquisire e trasportare gli oggetti, gli effetti e gli strumenti del reato e a differire il sequestro degli stessi nelle indagini che riguardano le attività della criminalità organizzata.

È così che la figura oggetto di analisi di questa tesi si inserisce nella norma processuale vigente. Si tratta di una diligenza investigativa con una regolamentazione molto tardiva nonostante la tecnica dell'infiltrazione sia utilizzata da sempre, infatti le prime civiltà inviavano persone presso le popolazioni vicine per preparare le loro conquiste. Non si trattava di veri e propri agenti sotto copertura, ma di persone che utilizzavano la tecnica dell'infiltrazione perché non esisteva una regolamentazione legale degli agenti sotto copertura.

La figura dell'agente sotto copertura nasce in Francia nel XIII secolo, legata all'agente provocatore o informatore, la sua origine è legata a figure affini come le spie, i confidenti o i pentiti, queste persone erano utilizzate per combattere i nemici dell'Ancien Régime. Tuttavia, data la natura segreta di queste attività, di solito non ne veniva prodotta la documentazione, con conseguente mancanza di criteri unificati sulle origini dell'agente sotto copertura. I primi antecedenti dell'agente sotto copertura si possono forse trovare nelle operazioni sotto copertura di privati controllati dalla polizia, come abbiamo osservato per la prima volta a Parigi, dove gli ispettori di polizia ingaggiavano persone vicine agli ambienti criminali per indagare su di loro, non proprio agenti sotto copertura ma figure simili che utilizzavano la tecnica dell'infiltrazione e la cui attività era controllata dalla polizia dell'epoca. Negli Stati Uniti l'attività degli agenti sotto copertura era coordinata dalla polizia e senza alcun tipo di controllo giudiziario. In Europa esistono precedenti di operazioni sotto copertura, soprattutto durante, durante e dopo la Seconda Guerra Mondiale, ma anche in questo caso si trattava di persone non appartenenti alla polizia che indagavano per conto dello Stato in cambio di denaro o altri vantaggi.

In Spagna, questo tipo di operazioni è aumentato in modo specifico prima della Guerra Civile e dopo di essa, riteniamo che le persone che servivano le autorità indagando su questioni politiche legate a cause criminali e che erano autorizzate a commettere crimini e a provarli siano l'origine dell'agente sotto copertura e che, in particolare,

l'antecedente più immediato di questo sia l'agente provocatore, la cui teoria giurisprudenziale ha avuto inizio nel 1950 con la STS 979/1950, del 22 giugno, in cui l'agente provocatore è già trattato come una procedura investigativa. Così come le attività di infiltrazione della polizia senza previa autorizzazione giudiziaria, che troviamo per la prima volta nella giurisprudenza del 1984, STS 1570/1984, 15 novembre.

Le prime pronunce della Corte di giustizia sull'agente sotto copertura parlano in realtà di infiltrazione della polizia, perché l'agente sotto copertura non è stato legalmente previsto fino al 1999, quando è stata approvata la LECrim. Questa ricerca distingue tra le operazioni sotto copertura condotte da un agente sotto copertura e le attività di infiltrazione della polizia condotte da un polizista infiltrato. Sono due cose diverse, la differenza principale risiede nel fatto che per essere un agente sotto copertura, si deve sempre avere un'autorizzazione giudiziaria o del Pubblico Ministero e quindi si possono applicare le disposizioni dell'art. 282 BIS, il che significa che l'agente ha garanzie procedurali e penali migliori e diverse rispetto agli agenti di polizia sotto copertura, per esempio, che potrebbero essere esenti da responsabilità penale per quelle azioni illegali che sono necessarie e proporzionali alle indagini e che non costituiscono la provocazione del reato.

Successivamente, differenziamo l'agente sotto copertura da altre figure e procedure investigative con le quali condivide alcune caratteristiche e varie peculiarità ma che, pur essendo affini, sono figure distinte, come i confidenti o i pentiti, i testimoni anonimi, gli agenti dei servizi segreti, i whistleblower, e ci riferiamo anche alla consegna controllata. Tutte queste figure o istituzioni condividono con l'agente sotto copertura la furtività, l'occultamento per indagare e ottenere prove, ma sono diverse dalla figura che è oggetto di studio di questo lavoro, ed è per questo che le spieghiamo per finire di definirla e differenziarla da altre figure simili.

Una volta delimitato il concetto di agente sotto copertura dai concetti correlati, ci addentreremo nella sua regolamentazione giuridica, spiegando che in primo luogo si è affermata la tecnica dell'infiltrazione di polizia, gli stati hanno incluso nelle loro normative la possibilità di infiltrare agenti di polizia a fini investigativi, ma non hanno parlato di agenti sotto copertura, quindi l'antecedente più immediato alla regolamentazione giuridica dell'agente sotto copertura è la regolamentazione della tecnica dell'infiltrazione di polizia e del polizista infiltrato.

Attualmente, in ogni Stato esistono norme specifiche e diverse sugli agenti sotto copertura a causa dell'aumento del traffico di droga, della corruzione e dei reati di terrorismo. Queste normative presentano differenze che non sono positive né a livello penale né a livello procedurale. La loro regolamentazione legale a livello internazionale si trova nelle norme create per ridurre l'aumento del crimine organizzato, del traffico di droga, della corruzione e per garantire la cooperazione tra gli Stati.

In Spagna, in particolare, è stato inserito per la prima volta nella LECrim nel 1999, aggiungendo la sezione BIS all'articolo 282 sulla polizia giudiziaria, che era già presente nel nostro diritto processuale per combattere il crimine organizzato. Successivamente, questo articolo è stato riformato in tre occasioni, nel 2003⁴, nel 2010⁵ e nel 2015⁶ per incorporare nella LECrim un nuovo tipo di agente sotto copertura, l'agente informatico o virtuale.

Abbiamo anche analizzato la regolamentazione giuridica che il legislatore procedurale ha stabilito nell'ALECrim. Ne studiamo il titolo settimo, dedicato alle indagini sotto copertura, e al suo interno ci soffermiamo sul capitolo II, che disciplina l'agente sotto copertura tradizionale, e sul capitolo III, l'agente sotto copertura informatico o virtuale. Si tratta di una normativa più profonda, più precisa e più ampia che offre alcune risposte alle richieste dottrinali e giurisprudenziali ma che, a priori, non riteniamo sufficiente.

Successivamente, descriviamo l'ambiente o la sfera d'azione per la quale l'agente sotto copertura può essere autorizzato solo a indagare, ovvero la criminalità organizzata. Così, l'articolo 570 BIS del Codice Penale definisce cosa si intende per organizzazione criminale, stabilendo che si tratta di un gruppo formato da più di due persone in modo stabile o indefinito, che in modo concertato e coordinato si dividono diversi compiti o funzioni allo scopo di commettere reati, e stabilisce le pene per chi promuove, costituisce, organizza, coordina o dirige un'organizzazione criminale e per chi partecipa attivamente all'organizzazione, ne fa parte o collabora economicamente o in qualsiasi altro modo con

⁴ Con la LO 15/2003, del 25 novembre, ha inserito nell'elenco dei reati su cui l'agente sotto copertura può indagare i reati in materia di proprietà intellettuale e industriale previsti dagli articoli da 270 a 277 CP.

⁵ Con la LO 5/2010, del 22 giugno, aggiungendo in questa occasione i reati di reperimento e traffico illecito di organi umani e loro trapianto previsti dall'art. 156 BIS del CP, anche il reato di traffico di esseri umani previsto dall'art. 177 BIS del CP e i reati contro i diritti dei cittadini stranieri previsti dall'art. 318 BIS CP.

⁶ Grazie alla riforma apportata dalla Legge Organica 13/2015 del 5 ottobre, che modifica la Legge di Procedura Penale per snellire la giustizia penale, rafforzare le garanzie procedurali e regolare le misure investigative tecnologiche.

essa. Da parte sua, l'art. 282 BIS LECrim nel primo paragrafo afferma che l'agente sotto copertura può essere autorizzato quando si tratta di indagini che riguardano le attività della criminalità organizzata e nella sua quarta sezione l'art. 282 BIS LECrim definisce anche la criminalità organizzata come l'associazione di tre o più persone per realizzare, in modo permanente o reiterato, condotte finalizzate alla commissione di uno o alcuni dei reati che poi elenca in un *numerus clausus*, un elenco chiuso di reati che ritroviamo nello stesso art. 282 BIS, che sono solo quelli che possono essere indagati dall'agente sotto copertura, una questione che critichiamo.

In queste pagine abbiamo cercato di avvicinare il lettore alla realtà che l'agente sotto copertura cerca di indagare, creando un necessario inquadramento del suo campo d'azione per capire perché l'agente sotto copertura è una diligenza investigativa criminale necessaria, in quanto è in grado di svolgere indagini complesse come quelle che devono essere svolte quando si tratta di indagare su crimini presumibilmente perpetrati da organizzazioni criminali. In questo modo, spieghiamo il concetto di criminalità organizzata oggi, specifichiamo la differenza tra organizzazione e gruppo criminale, descriviamo l'evoluzione della criminalità organizzata a livello internazionale e soprattutto in Spagna, spieghiamo le sue principali caratteristiche e fattori e distinguiamo tra terrorismo e criminalità organizzata. Infine, facciamo riferimento alla criminalità organizzata, soprattutto in Italia, dato l'aspetto internazionale di questa tesi.

Di seguito affrontiamo il primo dei due profili o ruoli dell'agente sotto copertura nei procedimenti penali: essere uno strumento di indagine penale durante le indagini di un caso. Per comprendere il primo dei suoi aspetti, descriviamo le caratteristiche di questo strumento di indagine. Precisiamo che solo la polizia giudiziaria può svolgere questo lavoro su base volontaria e che al suo interno esiste un'unità specializzata di agenti sotto copertura. Parliamo della presunta identità fornita dal Ministero dell'Interno e del piano operativo sotto copertura creato dalla polizia giudiziaria esclusivamente per ciascuna delle indagini, nonché dell'autorizzazione obbligatoria, espressa e motivata, da parte dell'autorità giudiziaria o del pubblico ministero, che ne legittima l'azione e fa sì che all'agente possa essere applicato l'art. 282 BIS LECrim. Spieghiamo quali reati possono attualmente essere indagati dagli agenti sotto copertura nell'ambito della criminalità organizzata e delimitiamo le attività che essi possono svolgere, dal momento che l'art. 282 BIS li autorizza ad agire sotto l'identità fittizia, ad acquisire e trasportare oggetti, effetti e strumenti del reato e a differire il sequestro degli stessi, ovvero a ritardarne la

confisca, essendo inoltre legittimamente autorizzati ad agire in tutto ciò che riguarda l'indagine specifica e a partecipare al traffico legale e sociale sotto la falsa identità. L'agente sotto copertura può agire come qualsiasi altra persona reale per dare un aspetto veritiero al suo personaggio, che noi critichiamo proponendo altri limiti.

In questo capitolo, spieghiamo come l'agente sotto copertura contribuisca a promuovere il processo penale attraverso le informazioni che deve fornire al caso a cui queste informazioni sono indirizzate, la frequenza con cui vengono normalmente inviate e la varietà di forme in cui possono essere materializzate, cioè qui studiamo i cosiddetti ``rapporti`` che l'agente sotto copertura deve creare in cui tutte le informazioni che ottiene devono essere registrate, nella loro interezza, al fine di renderle disponibili il prima possibile alla persona che ha autorizzato l'indagine. Analizziamo le caratteristiche principali di questi rapporti, data la loro grande importanza e rilevanza in questi processi, specifichiamo i professionisti che li creano nella pratica e sistematizziamo le loro caratteristiche, tipologie e contenuti.

In questo stesso capitolo, dedichiamo una sezione alla spiegazione delle misure di protezione che, secondo le norme giuridiche oggi in vigore, possono essere applicate agli agenti sotto copertura durante le loro indagini, vale a dire mantenere la loro presunta identità nel pezzo separato e segreto in modo che la loro vera identità sia conosciuta solo dal Giudice, dal Procuratore e dal LAJ, poter applicare la LOPTP 1994 come a qualsiasi altro testimone protetto, la possibile esenzione della loro responsabilità penale e la forma speciale di imputazione secondo la sezione quinta dell'art. 282 BIS. Tutto questo per combattere i rischi che comporta l'indagine su un'organizzazione criminale e che l'agente di polizia che conduce l'operazione sotto copertura deve sostenere, il principale dei quali è che i sospetti possano scoprire di essere indagati da un agente di polizia: che i sospetti scoprano di essere indagati da un agente di polizia, in queste pagine proponiamo anche una serie di misure di protezione che riteniamo debbano essere attuate per aumentare la sicurezza dell'agente sotto copertura, come ad esempio evitare in tutti i modi che si rechi presso il tribunale inquirente per testimoniare, che questa procedura si svolga sempre in videoconferenza, che sia sempre informato in anticipo della revoca del segreto istruttorio e la creazione di un meccanismo di allerta sicuro che consenta all'agente sotto copertura comunicare che è un agente sotto copertura di essere arrestato in un distretto giudiziario diverso da quello del tribunale che indaga sul caso o prima che il Pubblico Ministero che ha autorizzato la sua azione lo riferisca al giudice competente.

Dopo aver descritto tutto ciò, ci concentriamo sui limiti di questa misura investigativa: in primo luogo, uno dei più importanti, che consiste nel non provocare il reato. Mostriamo quali posizioni sono state adottate dalle corti internazionali e nazionali sulla provocazione del reato. In secondo luogo, analizziamo in profondità l'altro grande limite dell'agente sotto copertura, che è quello di rispettare i principi della procedura penale, in particolare, il principio di legalità, il principio di proporzionalità, appropriatezza, adeguatezza e necessità o sussidiarietà, il principio della ricerca della verità materiale, il principio di pubblicità, nonché le garanzie e il rispetto dei diritti delle persone indagate come il diritto alla privacy, art. 18.1 CE, il diritto alla protezione dei dati, art. 2 e 4 CE, il diritto all'autodeterminazione informativa e al libero sviluppo della personalità, art. 18.4 CE, il diritto all'inviolabilità del domicilio, art. 18.2 CE, il diritto alla segretezza delle comunicazioni, art. 18.3 CE, il diritto alla difesa e alla presunzione di innocenza, art. 24 CE, il diritto a un processo senza indebito ritardo, art. 24.2 CE, il diritto a non testimoniare contro se stessi e a non confessare la propria colpevolezza, art. 24.3 CE; abbiamo analizzato come le attività investigative svolte dall'agente sotto copertura possano limitarle e incidere su di esse.

Successivamente, passiamo al secondo aspetto o profilo dell'agente sotto copertura, che è quello di costituire un mezzo di prova nel procedimento penale, perché sebbene l'obiettivo principale dell'agente sotto copertura sia quello di fornire al processo le prove trovate durante le sue indagini, egli è anche una fonte di prova, e la sua prova testimoniale deriva da essa. In questo modo, attraverso uno studio dottrinale, si determina la natura o il tipo di prova che i verbali, rapporti e le testimonianze fornite dall'agente sotto copertura costituiscono, decidendo se debbano essere prove documentali, prove testimoniali o prove peritali o di intelligence della polizia. Successivamente, abbiamo effettuato uno studio della recente giurisprudenza per determinare il valore o il peso probatorio che normalmente hanno, specificando se di solito sono valutati come prove che richiedono altri mezzi di prova per superare la presunzione di innocenza o se, al contrario, possono costituire prove che da sole superano la presunzione di innocenza. Spieghiamo quando le prove raccolte dall'agente sotto copertura sarebbero illegali e quando sarebbero vietate e descriviamo i diversi scenari che possono verificarsi quando l'agente sotto copertura fa scoperte e constatazioni casuali nel corso delle sue indagini. Specificiamo quando tali prove raccolte dall'agente sotto copertura sarebbero valide e discutiamo la possibilità di utilizzarle in altri procedimenti.

In questo capitolo, affermiamo che il limite della prova testimoniale dell'agente sotto copertura deve essere quello di rispettare i principi della procedura penale e i diritti dell'accusato. Pertanto, analizziamo come la doppia protezione che l'agente sotto copertura può ricevere durante la sua presenza nelle sessioni di prova orale, cioè il fatto di poter mantenere la sua identità fittizia e che la LOPTP possa essere applicata a lui, impatta, limita e qualifica i principi del procedimento penale come il principio della parità delle armi, il principio di colpevolezza, il principio del contraddittorio, dell'immediatezza e della pubblicità, artt. 24 e 120 CE e soprattutto il diritto alla difesa dell'imputato, art. 24 CE. Spieghiamo quando queste sarebbero violate e proponiamo soluzioni per conciliare la necessaria protezione dell'infiltrato con il rispetto dei principi della procedura penale e del diritto alla difesa dell'imputato.

Infine, sistematizziamo l'attuale regime di responsabilità degli agenti sotto copertura in Spagna, sia penale che disciplinare e civile. Critichiamo la scusa dell'assoluzione contenuta nell'art. 282 BIS paragrafo quinto della LECrim, che sarà applicata agli agenti sotto copertura quando commettono reati che sono una conseguenza necessaria dello sviluppo dell'indagine e sono proporzionali all'indagine e non provocano il reato. Abbiamo anche spiegato e criticato il modo speciale di perseguire l'agente sotto copertura nel secondo paragrafo dello stesso punto dell'articolo.

Il quinto capitolo di questo lavoro è dedicato esclusivamente all'agente informatico o virtuale sotto copertura previsto nel sesto paragrafo dell'art. 282 BIS LECrim, effettuando uno studio approfondito di questa nuova tipologia di agente sotto copertura, visto che sempre più reati vengono commessi o preparati su Internet. Ne spiegheremo le caratteristiche e le funzioni principali, mostreremo i dibattiti dottrinali che lo circondano e lo analizzeremo anche come strumento di indagine e mezzo di prova nella lotta al crimine organizzato che si svolge nel deep web.

Successivamente, nel sesto capitolo, descriviamo e critichiamo l'attuale regolamentazione dell'azione internazionale degli agenti sotto copertura, così necessaria per la cooperazione tra gli Stati data la natura internazionale della criminalità organizzata e, quindi, delle operazioni sotto copertura attualmente in corso.

L'ultimo capitolo, il settimo, è dedicato alla figura dell'agente sotto copertura nell'ordinamento giuridico italiano, raccogliendo le norme in cui è stata disciplinata, studiandone l'evoluzione legislativa e considerando le dicotomie rispetto all'agente sotto

copertura in Spagna. Ne spieghiamo i due profili o aspetti, che costituiscono una diligenza investigativa e un mezzo di prova, nel procedimento penale italiano. Infine, analizziamo anche la figura dell'agente virtuale o informatico sotto copertura in Italia.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL AGENTE ENCUBIERTO

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES DEL AGENTE ENCUBIERTO

Desde la aparición de las primeras estructuras sociales con carácter estable, han existido agrupaciones de personas que han cometido delitos e injustos de forma reiterada, hoy en día este fenómeno delictivo recibe el nombre de delincuencia o criminalidad organizada. Esta fenomenología delictiva posee unas características tan peculiares que hacen que su investigación sea muy complicada, por lo que, combatir la delincuencia organizada, ha sido y sigue siendo una batalla desigual en la que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado siempre han tenido que ir adaptándose, haciendo uso de los distintos medios de investigación que existían en cada momento, que han recibido diferentes nombres y regulaciones a lo largo de la historia.

El agente encubierto, tal y como lo conocemos hoy en día se erige como una herramienta procesal para luchar contra este tipo de delincuencia y es una medida de investigación que puede ser autorizada por el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal⁷ con el fin de que traiga indicios, datos, elementos de convicción al proceso, en definitiva, para nutrir la investigación a la par que constituye una prueba testifical si el agente encubierto acude al juicio oral, depone y se somete al interrogatorio de las partes en el plenario.

⁷ De este punto en adelante, cuando nos refiramos al Juez que autoriza la labor de la infiltración, debe entenderse incluido también el Ministerio Fiscal porque ambos tienen la potestad de autorizar esta medida de investigación penal, en virtud del art.282 BIS LECrim. Sirva de ejemplo la STS 503/2021 de 10 junio en la que es el Fiscal antidroga quien decreta la infiltración de un agente encubierto ante indicios de un delito de tráfico de estupefacientes para investigarlo. Lo cierto es que sobre esta cuestión conviene detallar que es la policía judicial la que más usualmente la solicita, algo que, como se verá ampliamente, es muy claro en la actuación del Agente Encubierto, ello por su preparación y conocimientos específicos en la materia y por ser la rama del Estado que está más en contacto con la supuesta, perpetración delictiva, donde el Juez finalmente aparece como un garante por ser quien tiene la decisión última de autorizar dicha diligencia de investigación excepcional. La realidad es que el Ministerio Fiscal también puede autorizarlo, dando cuenta inmediata al Juez, como se ha expuesto, pero las últimas reformas legislativas apuntan a que la voz del Ministerio Fiscal debería tener más peso, esto es, se está tratando de *“situar al Juez en un diseño más coherente del proceso penal, haciéndole intervenir solamente como garante de los derechos fundamentales y dejando la iniciativa y la responsabilidad de la investigación pública de los delitos a otra instancia, que en todos los países de nuestro entorno es el Ministerio Fiscal, y, bajo su dependencia la Policía Judicial.”* en palabras de MORENO CATENA, V., *“Actos reservados a la instrucción judicial”* en *Derecho procesal penal*, coord. Moreno Catena, V., Cortés Domínguez, D., ed. Tirant Lo Blanch, 2021, p.179.

Pues bien, en las siguientes páginas expondremos las operaciones encubiertas que anteceden a la utilización de este funcionario de policía que con una identidad supuesta se infiltra en una organización criminal con el objetivo de obtener datos, indicios y pruebas que aportar a la investigación abierta, es decir lo que hoy entendemos por agente encubierto. Además, conviene prevenir al lector de que dada la naturaleza de esta figura, donde el secreto cobra un papel tan protagonista, no existen muchas referencias fiables en cuanto a sus orígenes porque en pocas ocasiones se documentaban, aun así, hoy podemos conocer sus posibles orígenes gracias a estudios basados en la documentación encontrada sobre las primeras operaciones encubiertas.

Sin más preámbulos, las primeras poblaciones civilizadas ya utilizaban a personas para observar y conocer las actividades de los asentamientos vecinos, sobre todo con fines estratégicos para preparar sus conquistas, es decir, la mayoría de los autores consultados consideran que cuando una tribu o población pretendía hacerse con los territorios de otra enviaban a una o varias personas⁸, para que, sin revelar su procedencia, investigaran sobre sus tierras y cultivos, sus riquezas, también sobre su poder con objetivos bélicos, para que con dicha información se valorase la posibilidad de la conquista.⁹

Los distintos reinos, imperios y estructuras de gobierno han utilizado la técnica de la infiltración a través de sus embajadores, de sus comerciantes, representantes y otras figuras. Y, más adelante en el tiempo, la mayoría de los autores consideran que esta figura surge en Francia en el siglo XVIII ligada a la del agente provocador, puesto que en la práctica no se diferenciaban y la doctrina más antigua tampoco lo hacía¹⁰.

Los primeros estudios sobre operaciones encubiertas, no tratan del agente encubierto. Los orígenes y antecedentes de esta diligencia de investigación son variados, por cuanto no surgió como esta figura en sí misma, sino que eran múltiples las herramientas afines utilizadas como: espías, confidentes, arrepentidos etc...es decir, sus

⁸ Algo que incluso podemos observar en el Antiguo Testamento, Números, 3, cuando Moisés envía a hombres a reconocer el país de Canaán diciéndoles *“reconoced el país: si la gente que lo habita es fuerte o débil, si es poca o mucha; qué tal es la tierra donde habita: si es buena o mala; cómo son las ciudades donde mora: si abiertas o amuralladas; cómo es el suelo: si feraz o pobre, si con árboles o sin ellos.”* esos exploradores expusieron los resultados de sus informes a Moisés.

⁹ Como podemos apreciar en TZU, S., *El arte de la guerra*, ed. Obelisco, Barcelona, 2020.

¹⁰ DELL'ANDRO, R., *“Agente provocatore”*, *Enciclopedia del Diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1958, p.864, RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en el Derecho Español*, Madrid, ed. Edersa, 1982, pp. 5-6, MOSCATO DE SANTAMARÍA, C.B., *El Agente encubierto en un Estado de Derecho*, tesis doctoral, Dir. Iruzun, V. J., ed. Universidad del Salvador, El Salvador, 2000, pp.23-25.

orígenes lo encontramos ligados a otras instituciones parecidas al mismo, con los que comparte algunos objetivos y también algunas características.

CARDOSO PEREIRA¹¹ apoya que los orígenes de las operaciones encubiertas las encontramos en Francia¹² del siglo XVIII, pues eran utilizadas para luchar contra los detractores del régimen absolutista que se pretendía mantener, con el objetivo de crear un clima de miedo hacia la rebelión en contra del Antiguo Régimen, por ello, se infiltraban en los grupos de las altas esferas sociales de los que se sospechaba estaban organizando atentados o promoviendo disturbios en contra del absolutismo, y aunque estas labores encajan más con las del espionaje, lo cierto es que una persona al servicio del Estado de aquel momento, absolutista, se infiltraba en grupos que pretendían atentar contra el mismo, tratando de que no se ejecutasen los delitos en su contra. Autores como MUÑOZ SÁNCHEZ¹³ también apoyan que el origen de las operaciones encubiertas se encuentra en Francia, en el Antiguo Régimen en los delatores de los enemigos de la corona, todos ellos ciudadanos sin formación que protagonizaban las actuaciones encubiertas a cambio de beneficios por parte de la nobleza a la que ayudaban para que continuase el absolutismo. Este último autor estima que la labor desarrollada encaja más en actividades de espionaje.

Así las cosas, los primeros datos sobre labores de infiltración los encontramos en el Antiguo Régimen, en Francia con los ``agent provocateur`` o delatores¹⁴, creados en aquel momento para fortalecer el Estado absolutista, luego las labores de infiltración tenían un claro motivo y carácter político pero también hemos de atender al otro gran bastión del Antiguo Régimen: la religión, así siguiendo a ZAFFARONI¹⁵, el agente encubierto también era utilizado por la Inquisición¹⁶ con el objetivo de atrapar a aquellos que

¹¹ CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, tesis doctoral, Dir. Rodríguez García, N., Universidad de Salamanca, 2012, pp. 223-224.

¹² Así como MONTROYA, M. D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2001, pp. 39-40. Autores como CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.233.

¹³ MUÑOZ SÁNCHEZ J., *La moderna problemática jurídico penal del Agente Provocador*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 21.

¹⁴ Como también apoya DELL'ANDRO, R. ``Agente provocatore``, op. cit...p. 864 que dice ``en aquella época los agentes de policía inducían a otros a cometer delitos políticos con el fin de deshacerse de individuos vistos como peligrosos por el gobierno``

¹⁵ A la luz de ZAFFARONI E. R., ``Impunidad del agente encubierto y del delator: Una tendencia legislativa Latinoamericana``, en *Révue Internationale de Droit Penal*, número 67, Toulouse, 1996, p. 726.

¹⁶ La inquisición en Francia nace en el 1184 según MUÑOZ VIVAS, F.J., ``Los orígenes de la Inquisición. El manual de los inquisidores de Nicolas Eymeric`` en *Isla de Arriarán*, número 18, 2001, pp.63-90.

pretendían atentar contra la iglesia, que contaba con un gran poder en aquel momento de la historia.

Lo cierto, es que no existe un criterio unánime sobre los orígenes de esta figura, además como nace con distintos nombres no se hacían diferenciaciones entre el agente provocador y el agente encubierto, en sus orígenes no existía una separación dogmática. La doctrina más antigua no los diferenciaba como dos figuras distintas, sino que se refieren a éstos con la misma nomenclatura ``agent provocateur'', como venimos exponiendo, por lo que podemos decir que estas dos figuras, distintas, nacen hermanadas y comparten el mismo origen¹⁷.

Sobre ellos no hemos encontrado registros de que acudiesen al proceso, porque en la mayoría de las ocasiones no existía un proceso para enjuiciar los delitos investigados y de celebrarse alguna ceremonia parecida a un proceso con sus investigaciones nutrían el mismo pero no se sabe si asistían, de tenerla, a su fase oral.

Más adelante en el tiempo y también en Francia, encontramos, a la luz de ALVES MEIRES¹⁸, que los primeros agentes encubiertos fueron personas que la policía de París contrataba para que se infiltrasen, recibían el nombre de ``mouches'', ``sous-inspecteurs'' y ``préposés''¹⁹, concretamente eran los inspectores de policía que conseguían contactar con personas cercanas a los círculos donde se estarían perpetrando dichos delitos que normalmente eran exdelincuentes o detenidos a los que se les concedía algún beneficio a cambio de transmitir información o incluso a los que se llegaba a poner en libertad, todo con el objetivo de obtener pruebas de algunos delitos como corrupción política, juego ilegal, robos, etc... que eran difíciles de investigar, por lo que eran operaciones encubiertas de particulares no formados, controladas únicamente por la policía. Hemos de resaltar que también existían otros agentes encubiertos que no eran contratados y realizaban esta actividad de forma clandestina, los llamaban ``observateurs''.²⁰

¹⁷ CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., pp. 230 y ss.

¹⁸ ALVES MEREIS, M. A., *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999, p. 21.

¹⁹ Moscas o moscones, subinspectores o encargados respectivamente.

²⁰ De hecho, CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.232 apunta que ``el primer registro histórico respecto de un programa organizado de infiltración de agentes ha sido empleado en Francia por EUGÈNE FRANÇOIS VIDOCQ en 1800, el cual fue considerado uno de los primeros infiltrados cuya actuación fuera en forma de particular''.

Después de que surgiese la utilización de la figura del agente encubierto en Francia también la podemos observar los primeros inicios de la figura del agente encubierto en otros Estados como son los EEUU, en Reino Unido y en Italia, pero como hemos apuntado anteriormente no eran realmente agentes encubiertos, sino figuras parecidas o afines que realizaban actividades propias de las que hoy protagoniza un agente encubierto. Analicemos brevemente cómo surgió esta figura en los Estados citados:

En Reino Unido, podríamos decir que desde el siglo XVIII se tiene por primera vez constancia de la existencia de los ``watchman``²¹ los mismos, eran personas que protagonizaban las patrullas nocturnas en los barrios de Reino Unido sin que dicha actividad en muchas ocasiones fuese conocida por los vecinos. Autores como MARX²² determinan que la primera evidencia clara del uso de agentes encubiertos en Inglaterra proviene del 1869 cuando el ``Chief Contable`` de Warwickshire solucionó el problema de la vagancia utilizándolos, concretamente en el 1869 esta autoridad comenzó a utilizarlos para resolver dicho problema que no paraba de aumentar. El primer programa de infiltración policial del que se tiene constancia en el Reino Unido es del año 1883 concretamente el ``Special Irish Branch`` nombre que recibía dicho programa de infiltración policial. Específicamente el Special Irish Branch se trata de una rama especial o Rama Irlandesa Especial. Fue una unidad de la Policía Metropolitana creada en marzo de 1883 principalmente para combatir el terrorismo y los enfrentamientos entre protestantes y católicos en el norte de Irlanda. Adquirió el nombre de Special Branch conforme fue ampliando su mandato para aglutinar más competencias, además del contraespionaje relacionado con los republicanos irlandeses, autores como ALONSO PASCUAL²³ estiman que se trataba de una unidad de inteligencia contra el terrorismo de la policía norirlandesa.

En EEUU, las primeras actuaciones encubiertas surgen también en la antigüedad, pero dado su carácter secreto, tampoco se tiene certeza de cuándo comenzaron a desarrollarse exactamente. Hay que señalar que la actividad de los agentes encubiertos nace coordinada únicamente por la policía sin contar con la supervisión judicial. Es de interés el antecedente de los ``Italian Squad``, en el 1906, en Nueva York, pues la

²¹ MONTOYA, M. D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, op. cit... pp. 82-83.

²² MARX, G., *Undercover: Police surveillance in America*, ed. University of California Press, Berkeley, 1989.

²³ ALONSO PASCUAL, R., ``Estudio comparativo de los procesos de cese de la violencia en País Vasco (ETA) e Irlanda del Norte (IRA)`` en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, número 16, 2014, p.10.

situación de la ciudad a comienzos del siglo XX estaba asolada por la Mano Negra, la Camorra y la Mafia. Asesinatos, extorsiones y secuestros perseguían a la población italiana²⁴, y en respuesta el Departamento de Policía de Nueva York formó un escuadrón italiano para combatir este tipo de delitos²⁵, para este escuadrón fue fundamental las infiltraciones en los grupos delictivos. Más adelante en el tiempo fueron los agentes federales los que comenzaron a realizar las actividades de infiltración, pero tampoco con la autorización y la coordinación judicial que en la actualidad es preceptiva, obligatoria y legitimante. Por otro lado, y siguiendo en EEUU, hemos de mencionar la existencia de la Agencia Nacional de Detectives Pinkerton²⁶ en la cual trabajaban y se contrataban personas dispuestas a infiltrarse en las bandas y grupos criminales, además también se contrataban los agentes encubiertos para luchar contra las falsificaciones y los robos de correo que se producían en la Oficina Postal y el Departamento del Tesoro. El F.B.I comenzó a utilizar esta técnica en el 1930 junto con la vigilancia, las fuentes confidenciales, el análisis de inteligencia... para poder destruir a los sindicatos organizados del crimen tanto de carácter nacional como internacional.²⁷

1.2. ESPECIALMENTE EN EUROPA

Más adelante en el tiempo y centrándonos en Europa, especialmente tenemos que destacar el papel tan importante que ocuparon las actividades encubiertas durante la primera y especialmente en la II Guerra Mundial tanto por parte de los aliados como de las potencias del eje, todos utilizaron esta herramienta de investigación tanto antes del comienzo de la II Guerra Mundial, durante la misma y tras ella, en la Guerra Fría, durante este último periodo encontramos a personas que servían a su Estado investigando para el mismo a cambio de dinero o cualquier otra prestación, como el asilo político. Sobre ello también nos ha resultado muy dificultoso encontrar información debido a que en la

²⁴ Que constituía aproximadamente un 10% de la población de la ciudad.

²⁵ El líder del escuadrón fue Giuseppe ``Joe`` Petrosino, que era el único detective italiano en el cuerpo de policía que en el 1904 contaba con 8100 miembros.

²⁶ La Agencia Pinkerton fue fundada en EEUU por el escocés Allan Pinkerton (detective y espía escocés) en la década de 1850, y sus miembros realizaron servicios que iban desde la vigilancia de seguridad hasta trabajo de contratación militar privada. Por ejemplo, en las huelgas laborales del siglo XIX y principios del siglo XX, agentes de Pinkerton se infiltraron en sindicatos, y fueron contratados para suministrar guardias y mantener a los huelguistas y sindicalistas fuera de las fábricas.

²⁷ CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p. 232. Y <http://www.fbi.gov/hg/eid/orgcrime/oschome.htm>. Los orígenes de la figura del agente encubierto los encontramos en Francia y en EEUU, en este último, ha sido un medio de investigación muy utilizado para investigar sobre todo a partir de los años ochenta.

mayoría de los casos, por no decir en todos, la información más interesante aún sigue siendo clasificada como secreta, por lo que hemos accedido a cierta información a través de estudios ya publicados, en la misma observamos lo explicado: que personas al servicio del Estado adquieren una identidad supuesta con el fin de obtener información que trasmitían a sus gobiernos, pero no todos ellos eran policías. Así, podemos observar que todas las potencias utilizaron a los ``espías`` con fines estratégicos, donde especialmente podemos destacar las operaciones inglesas²⁸, alemanas²⁹, rusas³⁰ y estadounidenses³¹, debemos resaltar que España juega un papel muy importante en las mismas porque, en puridad fue un crisol de espías de todas las nacionalidades antes de la Guerra Civil Española³², durante la misma y una vez finalizada con el comienzo de la II Guerra Mundial y la neutralidad en que se mantuvo nuestro país.

Destacar que, más adelante en el tiempo, en los países europeos empezaron a utilizar verdaderos funcionarios policías para realizar esas actividades que, como hemos descrito, anteriormente protagonizaban particulares sin formación específica, espías o detectives. Y esto lo podemos observar en su jurisprudencia, como por ejemplo en Francia

²⁸ Como la SOE (Dirección de Operaciones Especiales (Special Operations Executive) en inglés, se trata de una organización de inteligencia creada durante la II Guerra Mundial por Winston Churchill y Hugh Dalton para realizar funciones de inteligencia contra las potencias del Eje, esta organización también respondía al nombre del Ejército secreto de Churchill (Churchill's Secret Army en inglés), es necesario destacar que además de personas de nacionalidad británica, también reclutaron a personas de otras nacionalidades para que sirviesen a Gran Bretaña, como franceses y que más de un tercio de sus componentes eran mujeres. En Gran Bretaña también podemos resaltar la presencia de grupos de espías nacionales británicos al servicio de otros Estados, como ``The five of Cambridge``, en español ``Los cinco de Cambridge`` que era un grupo de espías británicos reclutados por la entonces Unión Soviética con los mismos fines de transmisión de información manteniendo su actividad hasta principios de la década de los 50.

²⁹ Como por ejemplo la Abwehr que era una organización de inteligencia militar alemana en funcionamiento desde el 1921 hasta el 1944. Su nombre significa en español defensa y su objetivo era continuar con las actividades de inteligencia tras la I Guerra Mundial al servicio de la defensa alemana. Desde sus inicios bajo las órdenes del Comandante Friedrich Gempp realizaban tareas de inteligencia y contrainteligencia. Cabe destacar las tensiones que tuvieron con las SS, no existía confianza y las situaciones de beligerancia entorpecieron los trabajos de ambos. La Abwehr durante la Segunda Guerra Mundial proporcionó valiosa información a la Alemania nazi, sirva como ejemplo la Operación Polo Norte ("Nordpolspiel" o "Operation Nordpol"). Esta organización de inteligencia desapareció antes de que terminase completamente la II Guerra Mundial, de forma muy resumida por la falta de confianza de Hitler en la misma, el último dirigente de la Abwehr fue el vice-almirante Canaris que fue arrestado y ejecutado siendo las funciones de la Abwehr absorbidas por el Sicherheitsdienst, el principal servicio de inteligencia de las SS.

³⁰ El Народный комиссариат внутренних дел (НКВД) en ruso, el Comisariado del Pueblo para Asuntos Internos en español, es el antecedente de la muy conocida KGB y desde 1934 llevaba a cabo funciones de inteligencia. Crearon toda una red de espionaje apoyada en la organización del Komintern.

³¹ La Oficina de Servicios Estratégicos, en inglés ``Office of Strategic Services`` (OSS) que fue el servicio de inteligencia de los EEUU más importante durante la II Guerra Mundial, se trata del antecedente a la que hoy conocemos como CIA. Con la OSS se unificó el servicio de inteligencia repartido antes de su creación en diferentes departamentos del gobierno que no se encontraban coordinados.

³² Y a pesar de ello, carecemos de estudios profundos sobre dichas actividades de inteligencia en España, ya sea porque muchos de los documentos fueron destruidos durante la guerra o posteriormente durante la dictadura o porque aún se encuentran en los archivos públicos y no se tiene previsto desclasificarlos.

en las sentencias de la *Cour de Cassation* cuando hablan de *agent provocateur* así como de la provocación del delito.³³

Por último, destacar que la jurisprudencia europea respaldó las operaciones encubiertas en el 1992³⁴, habiéndose ocupado de esta figura en diversas sentencias como se expondrá en los próximos capítulos. En otros países como Suiza, Bélgica y los Países Bajos también era una figura utilizada porque estaba admitida jurisprudencialmente. En estos países apreciamos distintas técnicas de infiltración de los agentes encubiertos:

En Suiza, no era necesaria la autorización ni por el Juez ni por Ministerio Fiscal y se permitía la infiltración sin llegar a provocar el delito, con una actividad totalmente pasiva por parte del agente encubierto. En Bélgica, tampoco se permitía la provocación del delito pero este medio de investigación debía ser autorizado por la Fiscalía por ser una medida subsidiaria, además la infiltración tiene que respetar el principio de proporcionalidad y solamente por periodos cortos en el tiempo y por último, en los Países Bajos también es necesaria la autorización del Fiscal permitiendo una infiltración más duradera.

Además, la figura del agente encubierto como la conocemos hoy en día, en primer lugar fue regulada en leyes de distintas materias, de manera indirecta para legitimar las actividades del policía así como las posibles pruebas que obtuviese, a la luz de GASCÓN INCHAUSTI.³⁵ Así las cosas, en Francia la actuación del agente encubierto se preveía de manera indirecta a través de la exención de responsabilidad penal a los agentes policiales que desarrollen determinadas actividades ilícitas, estaba justificada su actuación con la entrega vigilada hasta el 1991. Porque en dicho año se introduce en Francia la técnica de la infiltración policial mediante la Ley 91/ 1294, de 19 de diciembre, de refuerzo en la lucha contra el tráfico de estupefacientes. En Italia, la Legge 26 giugno 1990, n. 62; Legge 15 marzo 1991, n. 82; Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306, y Legge 3 agosto 1998, n. 269 preveían la investigación de la prostitución y pornografía infantil, narcotráfico, prostitución con esta técnica. En Portugal gracias al Decreto-Ley 15/1993 y posteriormente en la Ley 36/1994 principalmente podía ser utilizado en los delitos de

³³ Sobre esto, más profundamente MAISTRE DU CHAMBON, P., ``La régularité des ``provocations policière``: l'évolution de la jurisprudence'', *La semaine Juridique*, número 3422, ed. Lexis Nexis, Francia, 1989.

³⁴ Con la STEDH, de 15 de junio del 1992, caso Lüdi versus Suiza, número 12433/86.

³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, ed. Comares, Granada, 2001. pp. 47 y ss.

narcotráfico así como en los delitos de criminalidad económica y financiera, donde el agente encubierto puede ser un policía o no. En otros países, como Dinamarca se introdujo esta figura en su Ley procesal en el 1986 pero a sus agentes encubiertos no se les dotaba de una falsa identidad y en Alemania se incorporó en su ordenamiento la figura del infiltrado en 1992 mediante la Ley contra el crimen organizado.³⁶

1.3. ESPECIALMENTE EN ESPAÑA

Por lo que se refiere a España, desde un primer momento, también han existido las operaciones encubiertas, sobre las que, de nuevo, tenemos pocos estudios dado su carácter policial secreto. En España también eran utilizados los arrepentidos, los confidentes y todas las figuras afines al agente encubierto. Muy especialmente nos gustaría destacar las operaciones encubiertas que tuvieron lugar, como hemos expuesto anteriormente durante la Guerra Civil Española y tras la misma.

Así las cosas, en el 1936 en España no existía un servicio de inteligencia del Estado, solo teníamos la Segunda Sección de información del Estado Mayor Central del Ejército y la similar del Estado Mayor de la Armada donde se recibían todos los datos y se analizaba toda la información recibida para utilizarla por el ejército de la República. Más allá de esto, hemos de destacar que durante los años de guerra civil y con el fin de obtener armamento se recurre a la improvisación. En este mismo año se creó el Servicio de información militar en Burgos (SIM), que fue el antecedente del Servicio de Información y Policía Militar (SIPM), en el 1937 el Gobierno de la República reacciona y su Ministerio de Estado crea el Servicio de Información Diplomática Especial (SIDE) para centralizar y coordinar los servicios que se dieran de inteligencia y sobre todo para que la información importante sobre la guerra solo llegase a los mandos competentes, lo que fue poco productivo. También se creó el Departamento Especial de Información del Estado (DEDIDE) dependía del Ministerio de gobernación y constituía el servicio de información de la Dirección General de Seguridad que junto al SIDE, SIM actuó en el

³⁶ En la actualidad la regulación del agente encubierto sigue siendo distinta en cada Estado, a pesar de que existen rasgos comunes que garantizan que esta figura no se utilice de forma indiscriminada, lo cierto es que muchos autores piensan que existe demasiada flexibilidad en su regulación algo que no resulta en nada positivo para el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales, en esta línea de pensamiento encontramos a GUZMÁN FLUJÁ, V., "El agente encubierto y las garantías del proceso penal" en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, ed. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla la Mancha, Castilla la Mancha, p.14 <https://fddocuments.ec/document/el-agente-encubierto-y-las-garantias-del-proceso-penal-bloguclmescienciaspenalesfiles2016106vicente-guzman-esp.pdf.html?page=1>

extranjero utilizando, sobre todo las embajadas, los consulados etc... Autores como ROS AGUDO, exponen que se repartieron agentes por varias zonas estratégicas tanto nacionales como del extranjero: estrecho de Gibraltar, estrecho de Sicilia para controlar las mercancías, los barcos que proveían de armamento al gobierno de la República³⁷

También podemos destacar que se crea el Servicio de Información de la Frontera Norte de España (SIFNE)³⁸ que sobre todo sirvió para controlar el tráfico de armas republicano, además algunos embajadores actuaron durante dichos años de manera parecida a como actúa agente encubierto actual, por ejemplo el caso del embajador Jiménez de Asúa que en el 1938 se traslada a Ginebra donde actuaba como un representante español ante la Sociedad de las Naciones el cual pretendía obtener información sobre información sobre Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia, Países Bajos, Dinamarca, Polonia y Lituania.

Pues bien, hemos de resaltar que los miembros de todas las agrupaciones expuestas no eran funcionarios policías al servicio del Estado, no contaban con una formación específica en operaciones encubiertas pero sí que eran personas que trabajaban para el gobierno, para el Estado en aquella época³⁹.

En España, también debemos destacar la presencia de los servicios de inteligencia extranjeros para ayudar a ambos bandos durante la Guerra Civil, como es el caso de la estación de radio-escucha que se estableció en Palma de Mallorca cuyos agentes eran italianos, para ayudar a los nacionales. También la Legión Cóndor Alemana en este caso enviaba la información de las escuchas, donde el general Sperrle que era el jefe de la misma utilizaba el nombre falso "Sander" y por eso estos informes eran llamados "informes Sander"

Creemos que las labores de inteligencia cuando no existía aún en España lo que hoy conocemos como agente encubierto, constituyen parte de sus antecedentes y su origen. Si bien es cierto que las labores de inteligencia no son lo mismo que las operaciones

³⁷ ROS AGUDO, M., "El espionaje en España en la guerra civil y la segunda guerra mundial: una visión general", en *Diascroniche Studi di Storia Contemporanea*, número 28, 2016, p. 7.

³⁸ Más profundamente sobre ello, consultar: BERTRAN Y MUSITUA, J., *Experiencias de los Servicios de Información del Nordeste de España (SIFNE). Una teoría, una técnica y una escuela sobre información general*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1940.

³⁹ De forma muy resumida, el gobierno republicano contó con varios servicios de inteligencia, además de los ya expuestos: el SIEM (Servicio de información del Estado Mayor), el SIEP (Servicio de Información Especial Periférico) y el SIEJ (Servicio de Información Especial del Juzgado General de Contrabando), dependiente del Ministerio de Hacienda.

encubiertas aunque comparten muchos rasgos característicos, como se expondrá en los siguientes capítulos de esta tesis, pero forman parte del origen, aparición y desarrollo de la figura que estudiamos.

La figura del agente encubierto en España tiene sus orígenes con la del agente provocador y los primeros ejemplos los podemos encontrar durante la Guerra Civil como podemos observar en ROS AGUDO⁴⁰ el hermano de Franco, Nicolás Franco, presumió ante el embajador alemán Faupel de que *“tenía en Barcelona trece agentes y que habían sido ellos los agentes provocadores al iniciar los tiros en las calles”* dichos agentes ocultaban su verdadera identidad y actuaban de manera encubierta.

Así las cosas, en España también encontramos la presencia de personas que actuando bajo una identidad ficticia o supuesta trataban de investigar, en primer lugar, como ha quedado expuesto con fines políticos y posteriormente como indica RUIZ ANTÓN⁴¹ con fines criminales, es decir, que los orígenes del agente encubierto los encontramos en una persona que servía al poder investigando cuestiones políticas relacionadas con cuestiones criminales y posteriormente dicha figura protagoniza investigaciones penales, investiga crímenes. A estas personas se les permitía cometer delitos y provocarlos como podemos observar en la jurisprudencia más antigua porque en ninguna de las sentencias consultadas ni el tribunal de instancia, ni por supuesto, el TS se pronuncia sobre su responsabilidad penal, sencillamente porque no se preveía, como podemos apreciar en la STS 786/1973, de 20 de febrero y la STS 2873/1975, de 14 de junio.⁴² A nuestro parecer, el antecedente más inmediato del agente encubierto en España tal y como lo entendemos hoy en día es el agente provocador que podemos ver recogido en las sentencias más antiguas del TS, y cuya teoría jurisprudencial arranca en el 1950, con la STS 979/1950, de 22 de junio que trata de este asunto⁴³. Y hemos de destacar que

⁴⁰ ROS AGUDO, M., *“El espionaje en España en la guerra civil y la segunda guerra mundial: una visión general”*, op. cit... p. 9.

⁴¹ RUIZ ANTÓN, L. F., *“El agente provocador en el derecho penal”*, op. cit..., p. 39. Que expone la distinción entre agente provocador político y agente provocador criminal siguiendo a GLASER, J., *“Zur Lehre vom Dolus des Anstifters”*, en *Der Gerichtssaal*, número 2, 1968, p. 33.

⁴² Que expresamente dicen *“hechos aparentemente punibles pero, en realidad, causados por el agente provocador de los mismos...”*.

⁴³ Esta sentencia constituye el inicio de la doctrina jurisprudencial del delito provocado al establecer que *“el delito o falta contra la propiedad de quo se trate, tiene la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado”*.

en la misma, el tratamiento procesal que recibe esta figura ya es la de herramienta investigadora, como un instrumento de investigación.

Pues bien, quizá para estar ante la primera sentencia del Tribunal Supremo que entienda al agente encubierto tal y como lo entendemos hoy en día en España, tenemos que esperar al año 1984, concretamente en la STS 1570/1984, de 15 de noviembre que determina *“las fuerzas policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una función de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la Ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención.”*

Aun así, en dicha sentencia se habla de *“infiltración de incógnito sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley...”* es decir, que se habla de un agente policial infiltrado porque no se especifica que conste de autorización judicial, por eso como ya adelantamos *supra* los orígenes y antecedentes de la figura del agente encubierto tal y como la entendemos hoy en día son las actividades policiales de infiltración sin contar con autorización judicial previa.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL AGENTE ENCUBIERTO: CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. REGULACIÓN LEGAL Y MEDIO DE ACTUACIÓN

2.1. CONCEPTO

Hoy día, la globalización de nuestra sociedad y de la economía ha supuesto, de forma paralela, la globalización del crimen, y por lo tanto la lucha contra las redes criminales y otras formas graves de delincuencia exige de los Estados una respuesta penal común, por lo que es preciso crear e implementar instrumentos y sistemas verdaderamente eficaces.⁴⁴ En esta realidad, la figura del agente encubierto, es un instrumento cualitativo, central, que precisa de un detenido análisis y de una adecuada regulación, sistemática, ordenada y transnacional que le permita desarrollar todas sus potencialidades, pues está llamada a convertirse en un elemento definitivo para la investigación y prueba de los hechos criminales, cada vez más complejos.

El análisis actual de esta figura, constata que, ni la doctrina, ni el legislador europeo ni el nacional han profundizado en sus posibilidades, existiendo una regulación muy deficiente técnicamente, con lagunas y contradicciones que se reflejan en su eficacia. La figura del agente encubierto ha sido acuñada y aceptada por varios ordenamientos jurídicos, dado su carácter efectivo en la investigación de los delitos graves perpetrados por las organizaciones criminales. A pesar de ello, es necesario indicar que aún existen Estados en los que, de *facto*, se utiliza dicha figura pero que aún no se encuentra positivada, esta realidad ocasiona problemas como todas las lagunas legales producen, máxime cuando los agentes encubiertos podrían protagonizar delitos en el desarrollo de su actuación como consecuencia necesaria de la misma, de los que estarían exentos de responsabilidad penal.⁴⁵

Adelantado lo cual, comencemos por tratar de conceptualizar esta figura. El diccionario panhispánico del español jurídico determina que el agente encubierto es un *“Funcionario de la Policía Judicial autorizado por el juez o el Ministerio Fiscal para*

⁴⁴ GARRIDO CARRILLO, F.J., “Prólogo. Retos, amenazas, instrumentos y experiencias en la lucha contra el crimen organizado”, en *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Coord. Faggiani, V., ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, p.19 y ss.

⁴⁵ Como se expondrá, en España, cuando realicen actuaciones que sean consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación siempre que guarden la debida proporcionalidad y no constituyan una provocación del delito. CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.229.

dirigir investigaciones sobre la delincuencia organizada, introduciéndose en las organizaciones delictivas para obtener información.''⁴⁶ Conviene aquí apuntar que esta figura es conocida por muchos nombres distintos en el argot coloquial propio de los delincuentes y en algunas ocasiones también de la policía como: agente secreto, topo, pestañí, pestaña y pestaños. No siempre refiriéndose acertadamente a la figura objeto de estudio, el agente encubierto.

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de ir matizando su concepto hasta llegar al contenido en el actual art.282 BIS LECrim.

2.1.1. Aproximación al concepto de agente encubierto en la jurisprudencia

En primer lugar, hemos de especificar que en el ámbito internacional el TEDH ha ido pronunciándose en distintas sentencias sobre los derechos que se podrían afectar con la actuación de la figura del agente encubierto, el tratamiento que ha tenido esta figura jurisprudencialmente ha ido forjando su concepto.

Así las cosas, según el TEDH⁴⁷ el agente encubierto hoy en día es una técnica investigadora que será legal si no viola el derecho a un juicio justo y esto pasa porque su infiltración esté justificada como técnica de investigación del crimen organizado⁴⁸, que sea una persona conocida por las partes dado que las mismas han estado en contacto con ella durante su investigación, que acuda al juicio oral para declarar cuando no haya grabado el audio de los encuentros que ha tenido con los investigados⁴⁹ y/o cuando la defensa alegue la provocación del delito⁵⁰ que se garantice el anonimato del agente encubierto, debe declarar protegiendo su identidad.

⁴⁶ <https://dpej.rae.es/lema/agente-encubierto> Consultado por última vez el 7 de julio de 2023.

⁴⁷ A la luz de sus sentencias STEDH de 15 de junio del 1992, caso Lüdi versus Suiza, número 12433/86, STEDH de 15 de noviembre 2007, caso Galstyanw versus Armenia, número 26986/03, STEDH de 4 de noviembre de 2010, Bannikova versus Rusia número 18757/2006, STEDH de 26 de febrero de 2013, caso Papadakis versus La antigua República Yugoslava de Macedonia, número 50254/2007, STEDH de 8 de junio de 2016, caso Morari versus Moldavia, número 65311/09, STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10, STEDH de 23 de octubre de 2018, caso Guerni versus Bélgica, número 19291/07.

⁴⁸ Al ser los delitos perpetrados en el mismo tan complicados de investigar.

⁴⁹ Cosa que, como veremos es muy común dada la inmediatez propia de la vida real en la que se encuentra el agente encubierto en el seno de la organización criminal.

⁵⁰ Salvo que el agente encubierto acredite una causa justificada para no hacerlo. O la alegación de la provocación fuera desestimada por el órgano juzgador como aclaró el TEDH en su STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10`en los tribunales nacionales, el demandante planteó la provocación pero de ninguna manera corroboró sus alegaciones mediante pruebas fácticas que hubieran permitido a los tribunales presumir que había sido víctima de una provocación. En

El TS español, antes de que se positivizara la figura del agente encubierto ya en su sentencia 1570/1984, de 15 de noviembre dice expresamente *“Las fuerzas policiales tienen, entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitando una misión de profilaxis social, y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incognito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención”*.

Posteriormente en el tiempo, hemos de destacar la STS 1575/1998, de 9 de marzo, que definió la infiltración de un funcionario policía en una organización criminal como un procedimiento de investigación que se realiza de incógnito, sin revelar su identidad ni condición de policía con el fin de, una vez introducido en el ambiente criminal, poder conocer los planes y así abortarlos, y también para poder descubrir a los autores del hecho y procurar su detención.

Lo que observamos es que nuestro TS en sus primeros pronunciamientos sobre esta materia, en realidad hablan de infiltración policial, porque realmente el agente encubierto aún no estaba previsto legalmente, después del 1999 se pronuncian sobre la figura del agente encubierto, que, como expondremos no son lo mismo, aunque los juzgados y tribunales y la doctrina dogmática en muchas ocasiones, le diesen un tratamiento indistinto⁵¹.

Mucho más adelante en el tiempo y tras su regulación legal hemos de resaltar la STS de 975/2007, de 15 de noviembre que dice expresamente que *“es una simulación que permite la ley (una puesta en escena teatral, podríamos decir), que autoriza el ordenamiento jurídico para introducirse en las organizaciones criminales, en donde el agente ha de desempeñar un “papel”, que confunda a los integrantes de tal organización, y les permita suponer que se trata de “uno de ellos” con el objeto de conseguir pruebas que la desarticulen”*.

estas circunstancias, el Tribunal no está convencido de que la situación bajo examen caiga dentro de la categoría de casos de provocación.”

⁵¹ Hemos de aclarar que tras su regulación legal, también observamos pronunciamientos que hablan de agente encubierto y policía infiltrado como sinónimos, algo que después de su regulación legal no consideramos acertado, la infiltración siempre ocurre en la actividad del agente encubierto pero un policía infiltrado no siempre es un agente encubierto, por varias razones que se expondrán en este capítulo. Esta es nuestra visión, pero muchos autores aún hoy en día siguen utilizando los términos agente encubierto y policía infiltrado como sinónimos.

La STS 1140/2010, de 29 de diciembre define la figura del agente encubierto de manera clara, didáctica y certera cuando su sala segunda se pronunció sobre el término *“undercover”* diciendo que se trata de: *“funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido.”*

Y en su STS 1316/2011, de 1 de marzo, de forma más completa determina que se trata de un *“policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos.”*, en el año 2012 el TS estableció en su STS 392/2012, de 10 de mayo que *“actúa mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesorio, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes”*.

2.1.2. Aproximación al concepto de agente encubierto en la doctrina

Han sido varios autores los que han tratado de aproximarse a esta realidad, asumiendo la difícil tarea de conceptualizarla, exponamos la visión de algunos de ellos:

Según GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO el agente encubierto es un concepto legal que hace referencia al *“agente policial”*, y el adjetivo *“encubierto”* se refiere a la ocultación de la identidad, condición e intenciones del policía.⁵²

Por otra parte, MOLINA MANSILLA determina que el agente encubierto es una figura empleada como medio para introducirse en organizaciones criminales con el objetivo *“de hacer aflorar conductas delictivas”* que serían muy difíciles de investigar de otros modos, esta autora determina que por ello, también recibe la nomenclatura de agente infiltrado, precisamente por la labor de infiltración confundiendo a los miembros de la organización criminal hasta que piensen que se trata de uno de ellos con el objetivo de obtener información que se materializará en pruebas pero que a la vez sirva para impedir determinados delitos que se estuvieren cometiendo o bien si ya han sido cometidos, pruebas para conseguir sancionarlos⁵³. La autora añade que para conseguir adentrarse en el seno de la mafia, y obtener la supuesta confianza de sus integrantes el agente encubierto puede realizar *“cualquier actuación imaginable”* siempre que no se vulneren los derechos de los sujetos investigados.⁵⁴

Para ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS el agente encubierto *“se configura como el medio necesario para la realización de una actividad de infiltración llevada a cabo por los poderes públicos la represión y prevención del crimen organizado.”*⁵⁵

Según CARMONA SALGADO, el agente encubierto se trata de un sujeto, ordinariamente integrado en las fuerzas de seguridad del Estado, especialmente un agente de policía, que utilizará de una identidad supuesta con el fin de infiltrarse y obtener la confianza de los otros miembros de la organización criminal.⁵⁶ Y una vez dentro de la

⁵² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *“Delimitación conceptual y distinción de otras figuras. La investigación de los delitos a través del recurso a la infiltración”* en *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. Colex, Madrid, 2004, p. 125.

⁵³ MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, ed. BOSH, 2009, p. 28 y ss.

⁵⁴ Cuestión esta última en la que nos gustaría añadir y matizar que, como se explicará profundamente en esta tesis, para entrar en la organización criminal, una vez autorizada la figura del agente encubierto, éste puede realizar *“cualquier actuación imaginable”* siempre que sea proporcional y no constituya la provocación del delito de lo contrario su actividad no estaría eximida de responsabilidad criminal en virtud del art 282 BIS LECrim apartado quinto.

⁵⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 62.

⁵⁶ CARMONA SALGADO, C., *“La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”*, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* Coord. Morillas Cueva, L., ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 181-182.

organización criminal su objetivo será investigar y descubrir la conducta delictiva que supuestamente se esté desarrollando en el seno de la organización criminal, buscando para ello, pruebas, datos e informaciones para desarticular la misma.⁵⁷ Además, el agente encubierto tiene que ser preparado, entrenado para dicha investigación y su actuación va a ser controlada por una autoridad superior, porque este funcionario policía puede protagonizar delitos para ganarse la confianza de los miembros de la mafia que se esté investigando, algo que recoge nuestra LECrim en el art.282 BIS apartado 5⁵⁸, aunque conviene añadir que este apartado no da carta blanca al agente infiltrado ya que no se tendrán por justificados los delitos que cometa que no guarden debida relación con el objeto de la organización criminal.

Todos los autores coinciden en la necesidad de que la investigación que va a llevar a cabo el agente encubierto lo sea de delitos muy graves y sobre todo aquellos practicados en la delincuencia organizada transnacional.⁵⁹

Por último, la conceptualización que ofrece el profesor GASCÓN INCHAUSTI, lo define como un instrumento *“al servicio de una técnica de investigación de la fase de instrucción del proceso penal: la infiltración policial”* siendo sus características principales:

- Su utilización en averiguaciones de delitos enmarcados en la delincuencia organizada en virtud del art.282 BIS LECrim, una duración prolongada en el tiempo.
- Es la policía quien suele promover su utilización.
- Tiene que ser autorizada por el Juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, debe dar cuenta de su actuación al Juez de Instrucción.
- Necesariamente debe ser un funcionario policía⁶⁰.

⁵⁷ PÉREZ ARROYO, M. R., *“La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal”*, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, número 27, 1999, p. 228.

⁵⁸ Por el cual *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”*.

⁵⁹ Cuestión que abordaremos profundamente en esta tesis doctoral poniendo ya de relieve que no nos parece correcto que el agente encubierto solo pueda ser autorizado a investigar delitos que se desarrollen en el seno de la delincuencia organizada y dentro de la misma, únicamente a los delitos de la lista cerrada que podemos observar en el art. 282 BIS apartado 4 LECrim.

⁶⁰ Este autor añade que este hecho es de capital importancia, porque dicha labor no pueden protagonizarla particulares o sujetos que tengan algún tipo de relación con la organización criminal, porque entonces estaríamos hablando de otras figuras afines al agente encubierto, pero no propiamente del mismo. De la condición de funcionario policía, según el profesor INCHAUSTI, se pueden deducir un conjunto de deberes

- Actúa bajo identidad supuesta⁶¹.
- No es punible con respecto a aquellas actividades criminales que protagonice durante la operación porque además puede adquirir y transportar los efectos, instrumentos y objetos del delito.⁶²

Todos los indicios y pruebas deberán ser puestos en conocimiento del Juez de Instrucción y su actividad debe documentarse. Debe solicitar autorización judicial cuando pretenda obtener pruebas que pudiesen vulnerar alguno de los derechos fundamentales de los investigados, para evitar la ilicitud probatoria. De la definición que nos aporta GASCÓN INCHAUSTI se concluye que, efectivamente el agente encubierto sirve como fuente de prueba y medio probatorio en sí mismo pues debe acudir al juicio oral a someterse al interrogatorio de las partes y ratificar el contenido de toda la documentación en la que se ha plasmado su labor de investigación de la organización criminal.⁶³

En virtud de lo expuesto nos encontramos ante la ausencia de univocidad en cuanto a qué debemos entender por agente encubierto y por infiltración policial.

Como analizaremos en el apartado sobre la regulación legal, el legislador procesal español ha incluido en la propia LECrim art. 282 BIS apartado primero el concepto de agente encubierto cuando determina que *“cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”*.

A nuestro parecer, a la luz de la actual regulación del agente encubierto en el art. 282 BIS LECrim esta figura podría ser definida como un funcionario perteneciente a la policía que de forma voluntaria accede a actuar bajo identidad supuesta suministrada por

y facultades que afectan al desarrollo de la instrucción así como al valor probatorio de los resultados arrojados de su investigación. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p.18.

⁶¹ Con la que podrá operar en el tráfico jurídico cotidiano, que supera los límites de su actividad en la organización criminal, durante ese tiempo tiene una nueva vida.

⁶² Por lo que se orquesta una verdadera exención criminal entorno a esta figura, nos referimos a que, a la luz del art. 282 BIS LECrim apartado 5 estaría exento de responsabilidad penal siempre que su actividad sea proporcional, todo ello, será explicado con mucha más profundidad en los siguientes apartados.

⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit..., p.1-20.

el Ministerio del Interior en operaciones de lucha contra las organizaciones criminales bajo la supervisión y autorización del Juez de instrucción.⁶⁴

Desarrollemos detenidamente dicho concepto:

Para llevar a cabo tan difícil labor en primer lugar se debe tratar de un policía, perteneciente a la policía judicial, a los servicios de inteligencia,⁶⁵ y tiene que actuar con la debida autorización judicial o fiscal porque es una medida de investigación excepcional y por ello la autorización es necesaria para no vulnerar el principio de proporcionalidad, ni el derecho a la intimidad así como el secreto de las comunicaciones⁶⁶, de esta forma se consigue adentrar y mantenerse infiltrado en la organización criminal que se desea investigar, ganarse la confianza de los miembros de la misma e ir obteniendo indicios, datos, elementos de convicción y en definitiva, pruebas con los que nutrir la instrucción previamente incoada, aportando dicha información a un proceso abierto. Toda información que recabe debe ser puesta a disposición de quien lo autorizó de inmediato y documentada en actas, si bien es cierto que nuestro legislador no especifica si dichas

⁶⁴ Y solamente los delitos establecidos en el apartado 4 del art. 282 BIS LECrim: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

⁶⁵ Siempre que el agente del servicio de inteligencia sea policía bien guardia Civil o policía nacional porque pueden desempeñar esta labor, como se expondrá, todos los funcionarios policías salvo los agentes de la policía autonómica o local.

⁶⁶ Y otros derechos fundamentales de los investigados como se expondrá en esta Tesis, solicitando de nuevo autorización judicial para ello.

actas tienen carácter secreto ni el momento procesal exacto en el que deben incluirse en el proceso⁶⁷.

Para todo ello, el Estado recurre al engaño debido a que alrededor de la persona del agente encubierto se crea una gran ficción de vida sobre la que poder vertebrar las ocultaciones, las mentiras y los disimulos que este funcionario policía tiene que llevar a cabo para congraciarse con los miembros de la organización criminal y conseguir su confianza. De lo expuesto, resulta evidente que normalmente sea planeado por la policía judicial cuando obtengan indicios de criminalidad suficientes como para solicitar esta medida de investigación excepcional.

Si el Juez de instrucción lo estima oportuno, por no existir ningún otro método de investigación menos lesivo de los derechos fundamentales a la vez que menos peligroso con el que investigar, autorizará la infiltración del policía en la organización criminal para que pueda, actuando bajo identidad falsa, seguir obteniendo materiales probatorios incluso cuando para ello comprometa ciertos derechos de los investigados.

Así las cosas, es un funcionario policía que utiliza la técnica de la infiltración para adentrarse y permanecer en una organización criminal, con la misma para continuar sus investigaciones podrá operar en el tráfico jurídico con normalidad, siempre realizando actividades encaminadas al beneficio de la investigación adquiriendo y transportando objetos, efectos e instrumentos del delito, también pueden diferir la incautación de los mismos.

Estos policías son un instrumento de investigación, una medida de investigación durante la instrucción del proceso penal y después, cuando se abra en el juicio oral se convertirá en un testigo directo y muy cualificado de todo lo acontecido durante sus actuaciones por eso, estos funcionarios deben acudir al juicio y en el desarrollo de las sesiones orales pueden mantener su identidad ficticia y también se les aplicará la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante LOPTP).

⁶⁷ Ha sido la jurisprudencia la que ha determinado que, para no vulnerar el derecho a la defensa de los investigados, las partes tienen que poder conocer a través de las resoluciones procesales el posible contenido incriminatorio de dichas actas, como podemos apreciar, por ejemplo, en la STS 104/2019, de 27 de febrero. También en el art.302 de la LECrim.

Por último, es necesario también conceptualizar otro tipo de agente encubierto que incorporó en la LECrim en el 2015⁶⁸ y que trataremos en profundidad en el capítulo ``El agente encubierto virtual`` de esta tesis, adelantemos aquí que se trata del agente encubierto informático, de nuevo un policía judicial que debe ser autorizado por el Juez de Instrucción para actuar bajo identidad falsa en canales cerrados de investigación en la web para investigar los delitos del apartado cuarto del art. 282 BIS⁶⁹ o del art. 588 TER a⁷⁰. Este policía encubierto también utilizará la técnica de la infiltración para adentrarse y mantenerse en dichos canales cerrados de comunicación en la red donde está actuando la organización criminal, pudiendo para ello enviar materiales ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos previa autorización judicial. Este agente encubierto también puede obtener imágenes y grabar las conversaciones que mantenga con los investigados siempre que haya obtenido autorización judicial para ello.

Por último, nos gustaría alzar la mirada hacia la conceptualización de esta figura por parte de otros ordenamientos jurídicos. Destaquemos su conceptualización creada en Italia⁷¹:

En primer lugar, decir que en este ordenamiento jurídico en muchas ocasiones se ha utilizado de forma sinónima el concepto agente encubierto ``*agente sotto copertura*`` y el concepto agente infiltrado ``*agente infiltrato*``⁷², algo que como veremos en el siguiente punto no siempre son lo mismo, un agente encubierto siempre será un agente infiltrado pero un agente o policía infiltrado no tiene por qué ser un agente o policía encubierto.

Aclarado lo anterior, encontramos que FALCONE⁷³ ofrece una conceptualización con una clara vertiente procesal, determinando que un agente encubierto es una herramienta de investigación, una conducta que puede adoptar un policía legítimamente

⁶⁸ Añadiendo el apartado sexto al art. 282 BIS mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre.

⁶⁹ Expuestos *supra*.

⁷⁰ ``La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.``

⁷¹ Abordaremos una descripción detallada de la figura del agente encubierto en el ordenamiento jurídico Italiano en este trabajo, en el capítulo ``El agente encubierto en Italia``, aun así queríamos adelantar su conceptualización en este epígrafe.

⁷² Como podemos observar entre muchos en BARROCU, G., *Le indagini sotto copertura*, Tesi di Dottorato, Tutor e Relatore Marchetti, M.R., Università degli Studi di Trieste, XXI ciclo, p.20

⁷³ FALCONE, A., *L'agente sotto copertura: profili sostanziali e processuali*, ed. Dike Giuridica, Italia, 2014, p. 50.

en la búsqueda de pruebas. Es una técnica de investigación y como veremos es una figura ligada al agente provocador o *“agente provocatore”* desde sus orígenes.

2.1.3. La infiltración policial y el agente encubierto: dos conceptos distintos

Un policía o agente infiltrado no es siempre un policía o agente encubierto, es cierto que son figuras con bastantes similitudes, pero son distintas. De hecho la doctrina jurisprudencial los ha utilizado en bastantes ocasiones indistintamente como podemos observar en las STS 2346/1998, de 9 de marzo o en la STS 947/1999, de 25 de enero recibiendo, como ya señaló GASCÓN INCHAUSTI⁷⁴, de esta forma un tratamiento equivocado, y que nosotros consideramos producto de poca familiarización con la figura del agente encubierto en los juzgados y tribunales, porque es una medida de investigación excepcional.

Comencemos explicando a qué nos referimos cuando hablamos de infiltración. El diccionario panhispánico del español jurídico también se encarga de definirla, determinando que infiltrar consiste en *“Introducir a alguien en un partido, corporación, medio social, etc..., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje.”*⁷⁵ Estamos ante una técnica de investigación consistente en una planificación que se pone en práctica a través de una persona, un policía (que puede ser o no un agente encubierto), en la que se utilizan técnicas investigadoras para conseguir obtener información sobre los ilícitos que se investiga, en definitiva, obtener datos y elementos de convicción que el policía documentará y aportará al proceso.

GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO entiende que la infiltración consiste en ocultar la verdadera identidad para ganarse la confianza de los miembros de la organización criminal con el objetivo oculto de obtener información *para “satisfacer determinados intereses públicos o privados”*⁷⁶ y GASCÓN INCHAUSTI⁷⁷ también ha concretado que se trata de una acción cuyo objetivo es obtener información que no es de acceso abierto a todo el público y que es necesaria para un objetivo concreto, para cumplir con dicho cometido el agente de policía oculta su identidad real y verdaderas intenciones,

⁷⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit..., pp.17 y ss.

⁷⁵ <https://dpej.rae.es/lema/infiltrar> Consultado por última vez el 7 de julio de 2023.

⁷⁶ GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, op. cit... p.125.

⁷⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 10.

se pone en contacto con los miembros de la organización criminal donde pretende penetrar, trata de socializar con ellos con el fin de acercarse más a aquellas personas que encuentre menos herméticas y, sobre todo con éstos, trata de generar confianza para obtener la información deseada.

Para GASCÓN INCHAUSTI la infiltración es un recurso por el cual agentes policiales se infiltran en las organizaciones criminales para obtener información sobre sus integrantes y las actividades que las mismas realizan, se trata de una técnica para combatir la delincuencia organizada.⁷⁸ Pero la infiltración se convertirá en una actividad encubierta si se solicita la autorización judicial o fiscal para infiltrar a un agente encubierto en una organización criminal y esto porque puede vulnerar varios derechos fundamentales de los investigados para llevarla a cabo, no se trata en este caso del *iter* normal que acontece en la instrucción penal en la que la *notitia criminis* llega al Juzgado de instrucción, existen indicios racionales de criminalidad y el Juez de Instrucción crea la estrategia de investigación y solicita la colaboración de la policía judicial o cualquiera de los recursos que bajo su jurisdicción puedan ser utilizados para tal efecto, sino que en este caso sería la policía judicial la que solicita que se autorice un agente encubierto para continuar con la infiltración de manera más profunda porque, en virtud de los indicios obtenidos de esas primeras actividades de investigación es necesario prolongar la infiltración, que se haga más intensa y con ello, que sea más peligrosa tanto para el funcionario policía como para los derechos de los investigados.

A la luz de lo anterior, la infiltración policial es una técnica que siempre utiliza el agente encubierto, pero un agente o policía infiltrado no siempre es un agente o policía encubierto sino que, sencillamente el agente o policía infiltrado es un funcionario policía que sin ser autorizado por el Juez o Fiscal protagoniza una infiltración. De esta forma, una infiltración policial no presupone una actividad encubierta y son cuestiones distintas. Esta es la visión seguida en este trabajo.

Así las cosas, la policía judicial hoy en día realiza actividades de infiltración sin constar de autorización judicial o fiscal, sobre todo nos referimos a esos contactos previos o prematuros con las organizaciones criminales en los que el funcionario policía oculta su verdadera identidad e incluso puede llegar a utilizar un nombre falso para confirmar si existen indicios suficientes de criminalidad como para solicitar la autorización de una

⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p.5-6.

medida de investigación excepcional como es la del agente encubierto. Estaríamos ante una actividad legítima en virtud del art. 104 CE.

Algunos autores se preguntan si la infiltración es un método de investigación extraordinario⁷⁹, según nuestro criterio sí que lo sería cuando es llevada a cabo por un agente encubierto puesto que, se está poniendo en práctica una diligencia de investigación excepcional y por mor, la técnica con la que es llevada a cabo es también excepcional porque los esfuerzos, características y recursos utilizados (como es el caso del engaño por parte del Estado) no son usuales y están reservados a los delitos graves establecidos de forma taxativa en la LECrim art.582 BIS y 588 TER a, también conviene recordar el gasto monetario que ocasiona la figura del agente encubierto al Estado, es una medida de investigación muy costosa, porque hay que emplear mucho tiempo de trabajo, muchos recursos en la preparación del plan de infiltración, el adiestramiento del agente⁸⁰ y por supuesto la peligrosidad de la operación que sin duda ha de reportarle más beneficios a la persona que la soporta, a dicho agente policía que acepta la labor de infiltración.

A) Tipos de infiltración: de corta duración y de larga duración

Conviene poner de relieve que la doctrina consultada⁸¹ diferencia entre infiltraciones de corta duración y de larga duración, determinando que las infiltraciones de larga duración serán protagonizadas por un agente encubierto puesto que la policía judicial solicitará la autorización al Juez o Fiscal para infiltrar a un funcionario de policía en una organización criminal, sin embargo, las infiltraciones de corta duración suelen ser llevadas a cabo por un policía infiltrado, sin necesidad de ser autorizado por el Juez o Fiscal y por ello, sin ser un agente encubierto. Estamos de acuerdo, pero una infiltración

⁷⁹ Como es el caso de CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.237.

⁸⁰ Del que solamente tienen constancia los grupos de la policía judicial dedicados a estas actividades, a los que es muy complicado el acceso y además dependiendo de la magnitud y del supuesto delito/s a los que presuntamente se dedique la organización criminal en la que se va a producir la infiltración, su preparación será distinta. Por ejemplo, no es lo mismo preparar un plan de infiltración en una organización criminal dedicada al narcotráfico que en una dedicada al tráfico de seres humanos y órganos, se deben adquirir diferentes conocimientos, distintas destrezas etc... aunque en todas se recurra al engaño por parte del Estado y se necesite ese esfuerzo planificador y de preparación personal del agente de policía.

⁸¹ Así lo hace GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 175 y ss. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit...p. 73, LÓPEZ ORTEGA, ``La protección de la intimidad de la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez'', en *Cuadernos de derecho policial: Perfiles del derecho constitucional en la vida privada familiar*, ed. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1996, p.296, entre otros.

de corta duración también podría ser protagonizada por un agente encubierto, aunque sea menos usual. Porque normalmente cuando se autoriza el uso de un agente encubierto, al ser una medida de investigación tan costosa y peligrosa lo habitual es que sus investigaciones, su infiltración sea duradera para recabar el máximo número de indicios y pruebas. Pero como decimos, esto también puede ocurrir en un periodo de tiempo corto donde se produzcan unos contactos muy intensos entre la organización criminal y el agente encubierto.

Es necesario explicar cuándo nos encontraríamos ante una infiltración de corta o de larga duración, para poder decidir sobre el momento en el cual la actuación siempre policial pasa de considerarse de corta duración a ser una infiltración de larga duración que debería ser protagonizada por un agente encubierto⁸², constanding de la debida autorización judicial o fiscal, para poder ser legítima. Esto es muy importante para diferenciar, por tanto, cuándo se debería pasar de ser un policía o agente infiltrado a ser un policía o agente encubierto. Para nosotros no solo depende de la duración temporal de los contactos del policía con los investigados, sino más bien de su intensidad y de los riesgos⁸³, porque en puridad, aunque sea poco tiempo la actividad del policía podría ser muy intensa y arriesgada lo consideramos así porque de estos factores depende que se afecte a más derechos de los investigados y del riesgo para la persona del policía. De esta forma, teniendo en cuenta esos tres factores: el tiempo, los contactos con los investigados, la intensidad y los riesgos que entrañen dichas actividades la policía dirimirá solicitar

⁸² A nuestro parecer las operaciones de larga duración siempre deberían realizarlas agentes encubiertos porque solo de esta forma el funcionario policía cuenta con la cobertura legal, la protección y las garantías procesales y penales que nacen de la aplicación del art. 282 BIS LECrim. Sin embargo, autores como CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *“El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado”*, tesis doctoral, Dir. Queralt Jiménez, J.,J, Universidad de Barcelona, 2019, p. 193 dicen expresamente *“conviene poner de manifiesto que un agente encubierto –esto es, un policía que recibe la autorización del art. 282 BIS LECrim- no es un policía que lleva a cabo una infiltración de larga duración.”* y puede no ser así tal y como indica este autor pero, al menos por nuestra parte consideramos que las infiltraciones de larga duración siempre deberían ser llevadas a cabo por agentes encubiertos, en pos a su mayor protección.

⁸³ Autores como GASCÓN INSCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto, op. cit...*, p. 172. Diferencia hasta seis criterios distintos: Además del factor temporal y el factor intensidad detalla: la vinculación de la infiltración con la delincuencia organizada, el número de personas afectadas por el engaño del agente infiltrado, el *quomodo* de la infiltración o la forma técnica de llevar a cabo la infiltración y el riesgo para el tráfico jurídico, nosotros consideramos que en el factor temporal así como en el factor intensidad y riesgo se encuentran imbuídos el resto.

autorización judicial para que una infiltración policial se convierta en actividad encubierta.⁸⁴

B) Principales diferencias entre las actividades infiltración y las operaciones encubiertas. Policía infiltrado vs. Agente encubierto.

Además, existen varios rasgos diferenciadores de los policías o agentes infiltrados con los policías o agentes encubierto, ya que los policías o agentes infiltrados no se les aplicaría el art. 282 BIS, por lo tanto no tienen el mismo régimen legal que los policías infiltrados, es decir de los policías al uso. Por tanto no pueden transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, ni tendrán una identidad supuesta otorgada por el Ministerio del Interior por lo que no estará legítimamente habilitado para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social. Si hubiera utilizado un nombre falso, puede que en el juicio oral no se le siga llamando así, porque no fue autorizado para actuar bajo una identidad falsa y no le sería de aplicación el art. 282 BIS apartado 2, sino solo lo dispuesto en la LOPTP si así lo dispone la autoridad judicial competente.

Este policía no informaría ni al Juez ni al Fiscal, en todo caso informaría al grupo de investigación que coadyuve su operación. Su actuación debería ser lo más inocua posible y no afectar a los derechos fundamentales de los investigados porque no está, *per se*, exento de responsabilidad criminal de las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, aunque guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Todo lo cual, si protagoniza las actividades propias de un policía o agente encubierto, no contaría con la posible posterior aplicación legal de la exención de responsabilidad penal prevista en el apartado quinto del art. 282 BIS LECrim y tampoco se le aplicará el régimen especial que se debe seguir para procesar a los agentes encubiertos previsto en el segundo párrafo del art. 282 BIS LECrim apartado quinto.⁸⁵

⁸⁴ Cada operación es distinta, no siempre concurren esos tres factores pero sí que son los más usuales de los cuales, además, se suelen desprender suficientes indicios de criminalidad como para que la policía judicial considere oportuno solicitar la infiltración de un agente encubierto.

⁸⁵ Por el cual “Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.”

Las infiltraciones de policías se pueden realizar para investigar delitos no perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, es decir, delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado 4 LECrim, esto nos parece muy interesante porque un policía o agente infiltrado sí que podría investigar otros delitos distintos a los previstos en dicho artículo 282 BIS LECrim y esto queremos ponerlo especialmente de relieve porque la delincuencia organizada hoy en día no deja de avanzar, de convertirse y cada vez más delitos son cometidos por las organizaciones criminales, por lo que la lista de delitos prevista en el propio art. 282 BIS de la LECrim para los que únicamente se puede autorizar al agente encubierto nos parece condenar a la obsolescencia más pronto que tarde este artículo.⁸⁶ Sin embargo, también hemos poner de relieve que al agente o policía infiltrado no constaría de las garantías y protección que prevé el art. 282 BIS LECrim, luego podría investigar otros delitos pero sería mucho más peligroso al no constar con la cobertura legal que sí ostentarían los agentes o policías encubiertos. No contará con las garantías procesales y penales previstas para los agentes encubierto en el art. 282 BIS LECrim.

Existen autores que consideran que todas las pruebas obtenidas por los policías o agentes infiltrados serán válidas salvo que el policía o agente infiltrado haya vulnerado algún derecho fundamental para obtenerlas como es el caso de CASTELLVÍ MONSERRAT⁸⁷ opinión a la que nos adherimos en virtud del art 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ, en adelante) otros⁸⁸ como LÓPEZ BARJA DE QUIROJA consideran que si el policía o agente infiltrado comete algún ilícito las pruebas que haya recabado serán también ilícitas⁸⁹ porque no se encontraba exento de responsabilidad criminal. No estamos de acuerdo con dicho parecer, consideramos que

⁸⁶ Adelantemos que estamos abiertamente en contra de dicha lista *numerus clausus* de delitos para los que se puede autorizar la medida de investigación del agente encubierto, porque como manifestamos las organizaciones criminales cada vez llevan a cabo más delitos de distinta índole.

⁸⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, C., ``El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado'', *op. cit.*...p. 192.

⁸⁸ Autores como PÉREZ ARROYO, M, R., ``La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal '' en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2000, p. 1768, o MONTÓN GARCÍA, M.L., ``Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos'' en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1999, pp. 2127-2131.

⁸⁹ Dice textualmente ``Cuando se afirma que el agente no está exento de responsabilidad criminal, la prueba obtenida tampoco es utilizable, pues procede de una obtención delictiva y, por consiguiente, ilegal'' en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ``El agente encubierto'', en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 1999, pp. 1956-1957.

las pruebas deberían ser ilícitas si se hubiese cometido un delito para obtenerlas y/o se hubieran violentado los derechos y libertades fundamentales de los investigados.

Por último, y con una visión mucho más sencilla, existen autores como GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO o PÉREZ ARROYO⁹⁰ que piensan que solamente estaríamos ante un agente encubierto en primer lugar, cuando la persona que haya de protagonizar la infiltración se trate de un funcionario público, en dicho caso estaríamos hablando de una infiltración pública pues dicha actividad es encargada por los poderes públicos que están interesados en recabar más información a través de él, y porque el fin que se persigue obedece a un interés público, represivo, preventivo o político.

Concluimos este apartado pensando que, es muy importante tener en cuenta que:

- La infiltración policial y el agente encubierto son realidades distintas, un agente o policía infiltrado no es siempre un policía o agente encubierto.
- El agente encubierto utiliza la técnica de la infiltración pero el policía o agente infiltrado no siempre se va a convertir en un policía o agente encubierto.
- Un policía o agente infiltrado se convertirá en un policía o agente encubierto cuando el Juez o Fiscal lo autorice. De esta forma un policía o agente encubierto siempre será un agente o policía infiltrado, pero un agente o policía infiltrado no es siempre un agente encubierto.
- Un policía o agente infiltrado consta de menos garantías procesales y penales que un policía o agente encubierto porque no le sería de aplicación el art. 282 BIS LECrim por cuanto no cuenta con autorización judicial o fiscal en cambio, podrá investigar delitos no recogidos en la lista *numerus clausus* del mismo artículo y que no se perpetren en el seno de la delincuencia organizada.
- La infiltración es una técnica de investigación y el agente encubierto un instrumento, una medida o herramienta de investigación.
- La infiltración es una técnica de investigación que siempre utilizan los policías o agentes infiltrados y los policías y agentes encubiertos.

⁹⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. COLEX, Madrid, 2004, p. 126, PÉREZ ARROYO, M. R., "La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal", *op. cit.*...p. 2.

2.2. FIGURAS AFINES

En nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas o herramientas de investigación de la delincuencia organizada que, junto al agente encubierto, conforman un abanico de instrumentos que el Juez de Instrucción que haya de investigar una organización criminal, puede utilizar. Son figuras o institutos procesales que comparten con el agente encubierto muchas de sus características como el secreto, el engaño, la obtención de pruebas gracias al vínculo de confianza generado; pero que también albergan rasgos diferenciadores merecedores de una explicación exhaustiva en este trabajo.⁹¹

Lo cierto es que a través de todas ellas se pretende conseguir los mismos objetivos: investigar a los sospechosos que pueden pertenecer a organizaciones criminales para conseguir pruebas que nutran el proceso penal.

Así las cosas, vamos a analizar detalladamente algunas figuras similares o afines al agente encubierto, para acabar de definir y diferenciar al agente encubierto sin que lo podamos confundir con otras figuras parecidas. Dentro de las mismas, en este trabajo hemos elegido exponer solo las que hoy en día son más usadas para luchar contra la delincuencia organizada. Con dicha tarea hemos llegado a la conclusión de que el agente encubierto es una medida de investigación única, comprometida y compleja distinta al resto, por sus características particulares y por su carácter de fuente de información a la par de prueba testifical.⁹²

2.2.1. Los confidentes o arrepentidos

A) Marco normativo y concepto

El CP prevé para los delincuentes arrepentidos en su art. 376 que *“En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes*

⁹¹ Sobre todo en cuanto a su responsabilidad y a las consecuencias nazcan de su actuación.

⁹² En este mismo sentido CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.255. Sin embargo existen otros autores que no comparten este criterio, como es el caso de GISBERT POMATA, M., *“La circulación o entrega vigilada y el agente encubierto”*, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, número 55, 2002, pp. 35-58.

bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.” Y el art. 579 BIS apartado tres: “3. En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.”

Se trata de un instrumento de carácter personal, al igual que el agente encubierto, que se suele utilizar en la investigación de las organizaciones criminales, es un instrumento de investigación que actualmente carece de regulación legal procesal⁹³ a pesar de que se utiliza desde tiempos inmemorables y es uno de los medios más efectivos, eficientes y más usados porque requiere de menos esfuerzos tanto personales como económicos para el Estado ya que al tratarse de una persona que suele estar incurso en la organización criminal que se investiga o bien en el ambiente delictivo en el que actúa la organización criminal por lo que no se debe preparar a un funcionario policía para poder adentrarse en la misma porque este paso ya estaría resuelto, por ello, se ahorraría bastante tiempo y en términos económicos también sería más rentable para el Estado. Se trata de uno de los instrumentos de investigación más peligrosos para conseguir desarticular a las organizaciones criminales porque estaríamos ante una persona que es conocida por la organización criminal y que aporta información a la policía sin contar con regulación legal expresa y pormenorizada, es decir sin la debida protección legal.

⁹³ Debemos poner de relieve que con ocasión de la reforma de la LECrim del 1999 se pretendía incluir una regulación expresa sobre esta figura, como podemos observar en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 10 de septiembre de 1998, VI Legislatura, número 157, sesión número 51, p. 14632 donde el grupo parlamentario Convergencia e Unió puso de relieve la necesidad de legislar sobre la figura del confidente, como exponemos: sin éxito. Posteriormente, en las Comisiones de Investigación sobre el 11 de marzo de 2004 se expuso el papel de los confidentes en aquel atentado terrorista donde tanto la Guardia Civil como la policía Nacional contaba con confidentes y no existía coordinación alguna entre ellos, por lo que finalmente se propone establecer una regulación que tampoco prosperó. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, número 24, 2005, p.9 y ss.

GIMENO SENDRA define el confidente como una persona perteneciente a círculos delictivos, que bien por propia iniciativa, bien por encargo de las autoridades penales, suministra información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el marco de las primeras diligencias, con el fin de obtener beneficios económicos o procesales pero ninguno de ellos está exento de responsabilidad criminal.⁹⁴ El confidente procesalmente se configura como un medio de investigación (contribuye a iniciar las investigaciones o bien, en la fase de instrucción a nutrir las ya existentes) y fuente de prueba constituyendo una prueba testifical (en el juicio oral, en plenario).

Nosotros entendemos que, un confidente o arrepentido es una persona que forma o ha formado parte de una organización criminal y que decide colaborar con la policía judicial aportando información sobre las actividades llevadas a cabo por dicha organización criminal o sobre las que se pretenden realizar. Un confidente también puede ser una persona que no forma parte de la organización criminal pero que sí tiene contacto con el ambiente o círculo delictivo en el que la organización criminal actúa y por ello, conoce de sus actividades o puede tener acceso a dicha información, por eso decide colaborar asiduamente con la policía judicial, recabando información y aportándosela para que se inicien o avancen las investigaciones, como por ejemplo, el dueño de un local de ocio nocturno, pub o discoteca, en el que se sospecha que se está llevando a cabo un delito de tráfico de drogas que decide colaborar con la policía judicial denunciándolo e informando sobre las reuniones que tienen lugar en su negocio. O bien, un vecino que sabe que en la vivienda de al lado existe un cultivo de marihuana *indoor* por las continuas bajadas de tensión de luz o apagones o porque escucha los ventiladores y decide ponerlo en conocimiento de la policía y continuar vigilando a sus vecinos y hablando con ellos, manteniendo sus relaciones e informando a la policía judicial.

B) Características

Un confidente no es un funcionario policía. En la actuación del confidente encontramos un *“espíritu de colaboración ciudadana”* del art.17 de la LOPJ, a pesar de que este haya estado implicado en las actividades delictivas que se pretenden castigar con su ayuda. No todas las personas pueden ser confidentes, sino que deben reunir unas

⁹⁴ GIMENO SENDRA, V., *“Derecho procesal penal”*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 549.

características que conformen el perfil que busca la policía, esto ha de examinarlo el agente controlador o de enlace durante el proceso de captación.⁹⁵

Debe ser una persona capaz de asumir la responsabilidad de sus propios actos y que sea consecuente con los mismos. Es necesario que tolere altos niveles de ansiedad diaria por temor a ser descubierto y las represalias que podrían emprenderse contra él o contra sus familiares o allegados, también cuando se produzcan situaciones en las que no sepa cómo actuar pero deba hacerlo es decir, situaciones límite que generan altos niveles de estrés. Por ello, es necesario que sea una persona con bastante flexibilidad cognitiva, muy estable emocionalmente, poco pasional e impulsivo, en definitiva con un *locus* de control interno apropiado. Todas estas habilidades son características personales que debe reunir el confidente porque va a tener que manejar situaciones muy distintas pero todas ellas complejas, estresantes y peligrosas.

Unida a su figura encontramos la del agente controlador o de enlace que se trata del policía al cual el confidente revela toda la información que vaya obteniendo sobre la articulación, el funcionamiento o el *modus operandi* de la organización criminal que se esté investigando, actuando éste como último eslabón de la cadena de información necesario para poder revelar la información a las fuerzas de seguridad del Estado.⁹⁶

El policía controlador o de enlace trata de conseguir contactar con personas de la organización criminal que considere más permeables, predispuestas a participar en la operación y que considere más fiables, aunque la policía nunca va confiar completamente a una persona que traicionó previamente a la organización a la que pertenece o pertenecía. Uno de los aspectos más peligrosos de esta figura es que el confidente suministre información falsa a las autoridades para eliminar o matizar su participación en las actividades delictivas, o bien ofrecer solo determinada información que más le interese para procurar su beneficio o incluso que la propia organización criminal haya encargado a uno de sus miembros hacerse pasar por un confidente de la policía para engañarles y entorpecer de esta forma sus investigaciones.

⁹⁵ Dicho procedimiento según MARCHAL GONZÁLEZ, A. N., ``*El confidente en el proceso penal*´´, tesis doctoral, Dir. Morenilla Allard., P., Universidad de Castilla la Mancha, 2017, p.26 y ss., normalmente está compuesto por: la fase de la captación, fase de formación, fase de inmersión, fase de seguimiento y fase de análisis.

⁹⁶ Función de la policía judicial que será explicada en este mismo punto.

Las operaciones pueden ser muy duraderas en el tiempo por lo que los agentes controladores o de enlace deben estar atentos a que los confidentes sigan convencidos de su actividad, deben alentarles a contar la verdad a pesar de que puedan sentir miedo. Queremos decir que pueden surgir conflictos de identidad en los confidentes, que dichas personas pueden perder el interés en seguir ayudando a la policía, por ello, los agentes controladores o de enlace deben alentarlos en continuar con la operación. Los ambientes tan hostiles como son los que se propician en el seno de una organización criminal pueden desmotivar y desequilibrar al confidente, es necesario prestar mucha atención a que sigan convencidos de su posición de confidente.

Una de las características más definitorias de los confidentes es que ningún tipo de confidente está exento de responsabilidad criminal por aquellos ilícitos que pudieran cometer mientras están colaborando con la policía, ni siquiera cuando su actividad haya sido proporcional porque no son funcionarios policías y en definitiva, no son agentes encubiertos. Sí que se les aplicará la LOPTP, como explicaremos. Así las cosas, su agente controlador o de enlace los instruye para que no incurran en ilícitos, les informan sobre los posibles delitos en los que podrían verse implicados o que podrían llegar a cometer para obtener información.

El confidente es un medio de investigación y también una fuente de pruebas, como se desarrollará específicamente. Actualmente existe un plano de inseguridad jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de contrarrestar, nos encontramos, con opiniones contrarias en cuanto al valor probatorio de la información proporcionada por el confidente y recelo ante el uso y la toma en consideración de este instrumento procesal. Sin embargo, las investigaciones en las que se ha contado con un confidente han resultado muy fructíferas, es una figura eficiente a la par que resulta crucial para iniciar las investigaciones, y para obtener pruebas, en la lucha contra crimen organizado.

C) Tipos de confidentes

En los distintos estudios dogmáticos consultados hemos encontrado varias clasificaciones de confidentes, destaquemos las más avaladas:

Para VELASCO NÚÑEZ pueden ser confidentes que surjan de la organización criminal, del círculo delictivo, o ambiente en el que actúa la organización criminal que se

pretende investigar o bien confidentes aún no relacionados con el entorno en el que se pretende llevar a cabo la investigación, es decir, personas que desean colaborar con la justicia, porque tienen experiencias delictuales previas.⁹⁷ Todos ellos tienen el objetivo de conseguir algo a cambio de la información ya sea un beneficio procesal o económico.

Autores como MARCHAL GONZÁLEZ⁹⁸ diferencian entre confidentes habituales y ocasionales, los habituales ayudan a la policía en sus investigaciones siendo los más valiosos porque aportan información a la policía de forma permanente en el tiempo y los confidentes ocasionales son aquellas personas contactadas por la policía cuando necesitan obtener información sobre el entorno delictivo, por ello, suelen ser exdelincuentes, cómplices de delincuentes, personas con adicciones etc... El mismo autor dice que existen confidentes directos e indirectos, el confidente directo será aquel que percibe por sí mismo a través de sus sentidos toda la información que aporta a la policía judicial en cambio el confidente indirecto será aquel que tiene constancia de los hechos que aporta a través de otras personas.

Otros como GÓMEZ RODRÍGUEZ⁹⁹ distinguen entre el confidente y el confidente infiltrado:

-El confidente propiamente dicho: se trata de una persona cercana al círculo delictivo que se está investigando o que directamente es un miembro arrepentido de la organización criminal. Son personas que informan a la policía a cambio de un beneficio pues, en puridad y sobre todo en caso de pertenecer a la organización criminal, estarían traicionando la confianza del resto de componentes de misma corriendo peligro de sufrir las represalias. Estas personas lo suelen hacer para obtener beneficios económicos o penales (una reducción de su condena), por beneficios administrativos como conseguir la nacionalidad, residencia o reagrupación familiar, por venganza, por presión policial o por civismo.¹⁰⁰ Por ello, su verdadera identidad solo es conocida por la policía y en concreto por el funcionario de policía que desempeñe la labor de agente colaborador o de enlace.

⁹⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., "El confidente", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, Madrid, 1993. pp.1-2.

⁹⁸ MARCHAL GONZÁLEZ, A. N., "El confidente en el proceso penal", *op. cit...* p. 20.

⁹⁹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.F., "Los agentes policiales antidroga: riesgos penales de su actuación en España", tesis doctoral, Dir. Quintanar Díez, M., Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 415.

¹⁰⁰ Como podemos observar en el estudio realizado por BILLINGSLEY, R., NEMITZ, T., y BEAN, P., *Informers: policing, policy, practice*, ed. Willian, Oregón, 2001, pp. 86 a 89.

-El confidente infiltrado: se trata de una persona que no es agente de policía y que tiene o ha tenido contactos con ambientes delictivos y es utilizado por la policía judicial para infiltrarlo en la organización criminal que se pretende investigar, pueden ser delincuentes o exdelincuentes. En este caso se estaría produciendo una infiltración por particulares por cuestiones de eficacia operativa. El TS ha justificado la infiltración de personas que no son policías para conseguir investigar organizaciones criminales como podemos observar en la STS 2490/1994, 16 de septiembre¹⁰¹ porque el Estado los utiliza para satisfacer el interés público de prevención y represión del delito siempre bajo la supervisión de la policía judicial.

Este autor también determina que la principal diferencia entre un confidente y un confidente infiltrado es el grado de control policial. También dice que dentro de los confidentes infiltrados tendríamos los confidentes doblados que son aquellos miembros de la organización criminal que deciden contactar con la policía para colaborar con ellos aportándoles información y la policía judicial controlará su infiltración.

Nosotros no estamos de acuerdo con esto último porque si el confidente doblado ya se encontraba incurso en la organización criminal no es necesario que utilice la técnica de la infiltración para mantenerse en el seno de la organización criminal, el confidente en este caso no está actuando, no está siendo una persona que en realidad no es y no estaría tratando de ganarse la confianza de los miembros de la organización criminal sino que continuará incurso en la organización criminal a la que ya pertenecía continuando con las relaciones que tenía antes de contactar con la policía. No es que se encuentre infiltrado o que vaya a infiltrarse es que continuará haciendo lo que ya estaba haciendo antes de decidir traicionar a la organización criminal a cambio de beneficios que le aporte el Estado por colaborar con la policía judicial de manera continuada en el tiempo.

Lo que pretendemos hacer ver es que entorno a esta figura del confidente, existen muchas clasificaciones distintas porque, recordemos, es un instrumento tradicional y muy utilizado en la lucha contra la delincuencia organizada pero que, como exponemos, existen muchas opiniones y criterios distintos al no contar con una regulación legal ni penal ni procesal definitoria y que aporte seguridad jurídica.

¹⁰¹ Aunque también encontramos sentencias del TS determinando que la infiltración es una facultad que debería llevar a cabo única y exclusivamente la policía como podemos ver en la STS 3714/1993, 3 de noviembre.

Por nuestra parte, lo principal es diferenciar entre un denunciante anónimo y un confidente y saber que, a nuestro parecer existen distintos tipos de confidentes: el colaborador, los arrepentidos y los confidentes infiltrados. Expliquémoslo:

Nuestra diferenciación se basa en el criterio de la asiduidad o carácter reiterado en el tiempo en la aportación de información a la policía.

Nos parece importante que los confidentes o arrepentidos no sean confundidos con los denunciantes anónimos que son personas que han tenido conocimiento de la perpetración de hechos que consideran delictivos y los ponen en conocimiento de las autoridades. Personas que en su entorno social llegan a percibir indicios de criminalidad y deciden ponerlo en conocimiento de la policía, la Fiscalía o directamente acuden al Juzgado de instrucción en funciones de guardia para denunciarlo. Por cuestiones de civismo o por móviles como la venganza, celos, envidia... por eso, normalmente estas personas prefieren mantenerse en el anonimato, es decir, que incluso suelen pedir a la autoridad ante la que haya denunciado el supuesto ilícito que no revelen su identidad, también porque sienten miedo a las represalias que se puedan emprender contra ellos. Además, por mor de los móviles que mueven a estas personas no suelen pedir una contraprestación siendo normalmente gratuitas para el Estado.

El principal rasgo definitorio y diferenciador del denunciante anónimo frente a los confidentes es que el denunciante anónimo solo aporta información en una ocasión y no de manera reiterada en el tiempo, porque solo ponen de relieve un supuesto ilícito que se está cometiendo y esa es su colaboración, sin llegar a aportar más información a las autoridades, pueden permanecer en el entorno donde han percibido dichos indicios de criminalidad que han puesto de relieve pero no seguirán informando de ellos. No van a seguir aportando información desde las entrañas de la organización criminal como sí que lo haría un confidente o un agente encubierto. Aportando dicha información se puede iniciar un proceso y/o nutrir una instrucción previamente incoada y constituir una prueba testifical en el juicio oral que posteriormente tendrá valor de prueba de cargo cuando se dirima la causa en sentencia.

El denunciante anónimo es aquella persona que informa o acusa a otra persona de la cual sospecha que ha cometido o está cometiendo un ilícito, pudiendo ser incluso la

víctima o un sencillamente un testigo, según BLACK¹⁰², mientras que el confidente es una persona que ofrece información de manera reiterada en el tiempo a cambio de un beneficio y no quiere que sea revelada su identidad.

Además, nuestro TS establece que las confidencias no son en sí mismas una denuncia sino más bien un medio de recepción de la *notitia criminis* que inicie la investigación policial y si la policía encuentra indicios suficientes de criminalidad solicitará a la fuerza instructora incoar un proceso, a la luz de las STS 1497/2005, de 13 de diciembre y STS 55/2006 de 3 de febrero, STS 658/2012, de 13 de julio.

En cuanto a los distintos tipos de confidentes, pensamos que podrían clasificarse de la siguiente forma:

- Los colaboradores: se trata de personas que se encuentran en el ambiente en el que actúa la organización criminal sin formar parte de la misma, pero que son conocedores de sus actividades delictivas por lo que deciden informar a la policía y mantener su posición y relaciones con la organización criminal para seguir obteniendo información, este es el caso que exponíamos del dueño del local en el que se llevan a cabo reuniones de la organización criminal, o bien el vecino que conoce de las actividades delictivas llevadas a cabo cerca de donde vive y tiene buena relación con las personas que supuestamente los perpetran. No solamente informan a la policía de que se puede estar cometiendo un delito sino que continúan inmersos en dichos ambientes y manteniendo las relaciones con los investigados e informando a la policía judicial asiduamente.¹⁰³
- Los arrepentidos: son personas que sí que forman parte de la organización criminal y que pueden haber cometido o no delitos en su seno pero se arrepienten de tales comportamientos y deciden ayudar a la policía judicial en sus investigaciones, contando los ilícitos de los que conozcan, asumiendo su posición frente a la policía judicial y suministrándoles información asiduamente es decir, procurando el éxito de las investigaciones, son personas que buscan un beneficio a cambio, normalmente una rebaja en sus condenas u otro beneficio administrativo como conseguir la nacionalidad, una reagrupación familiar etc...

¹⁰² BLACK, H. C., *Black's Law dictionary*, ed. West Publishing Company, Minnesota, 1968, p.919.

¹⁰³ Existen autores como GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.F., ``Los agentes policiales antidroga: riesgos penales de su actuación en España'' *op. cit...* p.415 y ss. Así como MARCHAL GONZÁLEZ, A. N., ``El confidente en el proceso penal'', *op. cit...* p.17 también apoyan esta tesis considerando que los colaboradores son también confidentes.

- Los confidentes infiltrados son personas relacionadas con los ilícitos que se pretenden investigar, que tienen o han tenido contactos con ambientes delictivos. Pueden ser delincuentes, exdelincuentes o personas que no hayan delinquido nunca pero, como decimos, conocen el ambiente criminal. La policía decide que, dado su perfil, pueden ser muy útiles en la investigación y por ello autorizan infiltrarlos en la organización criminal para obtener información. Se trata de personas que no son policías que se infiltran en una organización criminal, algo que, como ya expusimos *supra* nuestro TS acepta por su eficacia.

D) El agente controlador o de enlace¹⁰⁴

Unida a la figura del confidente tenemos el agente controlador o de enlace que es el policía dedicado a captar a confidentes y el funcionario policía al que los confidentes le cuentan toda la información. También encontramos una situación de anomia en cuanto al mismo y a esto debemos sumarle que no existen muchas referencias doctrinales sobre el agente controlador o de enlace a pesar de su papel tan importante: ser el intermediario entre los confidentes y la autoridad judicial.

Los agentes controladores o de enlace tienen que tener una formación especializada en la materia para poder informar al confidente sobre las consecuencias jurídicas de sus actuaciones, para poder guiar a los confidentes y que actúen dentro de la legalidad y para enseñarles técnicas para conseguir información. Normalmente debe existir una relación muy estrecha entre el agente controlador o de enlace y el confidente, lo mejor y lo que siempre se debe procurar es que exista una relación de verdadera confianza entre ambos debido a la peligrosidad de las actuaciones, el confidente debe confiar en que no se revelará a los investigados su posición y el agente controlador o de enlace debe confiar que la información aportada es verídica y lo más imparcial posible. El agente controlador o de enlace siempre ha de estar receptivo a recibir todo tipo de información que desee suministrar el confidente pero nunca puede actuar de manera insidiosa con la persona del confidente, es decir que no puede presionar al confidente a traer más información al proceso porque correrían el riesgo de que el confidente posteriormente declare que provocó el delito por la presión a la que fue sometido por su agente controlador o de enlace.

¹⁰⁴ También es llamado agente de contacto.

Como ya puso de manifiesto MARCHAL GONZÁLEZ¹⁰⁵ los protocolos de actuación del agente controlador o de enlace no son públicos, sin embargo, existen unos principios que sí conocemos y que han de guiar su actividad: debe dejar constancia de todas las reuniones que tengan con el confidente, a dichas reuniones tienen que acudir dos policías, las informaciones que reciba del confidente deben ser trasladadas a sus superiores jerárquicos, tiene que informar al confidente de que no puede incitar a delinquir a los investigados, se tienen que fijar unos objetivos de información y se tiene que mantener la fuente confidencial bajo su control. Toda la actuación del agente controlador o de enlace debe quedar documentada y la misma será revisada de manera pormenorizada por los superiores jerárquicos de la unidad a la que pertenezca el agente colaborador o de enlace para impedir que las fuentes confidenciales sean utilizadas de manera indebida.

Así las cosas, en primer lugar se analizará la información que entregue el confidente extrayendo conclusiones y posteriormente se pondrá en relación con el resto de información proveniente de otras fuentes con el fin de redirigir si fuera necesario la actividad del confidente o que continúe su actividad como ya lo venía realizando. También, se analiza en conjunto la colaboración que está teniendo el confidente, si está siendo productiva dicha herramienta de investigación contrastándolo con todos los riesgos que se están asumiendo.

Además de lo expuesto también seguirá la situación emocional del confidente para mantener su colaboración, porque estas investigaciones pueden ser muy duraderas en el tiempo y la motivación del confidente puede cambiar, el agente controlador o de enlace también debe apreciar todo esto. En definitiva, el agente controlador o de enlace es el encargado del seguimiento pormenorizado de la actividad del confidente para que tenga éxito su colaboración.

E) Debate doctrinal entorno a este instrumento procesal

Como ya hemos señalado, el confidente, es una figura muy controvertida, ya que asume riesgos en cuanto a su seguridad, a su vida, tanto la propia como la de sus familiares y allegados. Ahora bien, para la investigación criminal se trata de una fuente de información muy importante puesto que puede aportar información a la policía y que ésta

¹⁰⁵ MARCHAL GONZÁLEZ, A. N., ``El confidente en el proceso penal'', *op. cit...* p.31.

inicie una investigación¹⁰⁶, sus informaciones pueden servir para motivar la adopción de otras medidas de investigación como la intervención de las comunicaciones telefónicas¹⁰⁷ o bien; puede aportar información a la policía cuando la investigación ya estaba iniciada en la fase de instrucción, nutriendo la investigación penal.

De esta forma se debe ocultar su identidad, para protegerle y que colabore con la policía y esto no genera problemas en los albores del proceso, pues ocultar la identidad de los confidentes en el atestado policial no es contrario a la Ley como podemos ver en reciente jurisprudencia del TS, como en la STS 171/2019, de 29 de marzo que determina expresamente *“que no es contrario a la ley el hecho de que la policía utilice confidentes, y que tampoco es ilegítimo que la actuación de esos confidentes se oculte a la hora de redactar un atestado, o el correspondiente oficio policial.”* Y como ya fijó el TEDH admitiendo la utilización de las fuentes anónimas como medio de investigación, como podemos apreciar en la STEDH 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski versus Holanda, número 11454/85.¹⁰⁸

El verdadero problema ocurre cuando el confidente debe deponer, de ratificar sus declaraciones en el juicio oral, es decir, cuando se debe practicar en el juicio oral la prueba testifical que emana de las confidencias, cuando se pretende que los testimonios del confidente sean una prueba testifical porque de hacerlo como cualquier otro testigo implica varias consecuencias que tenemos que tener muy en cuenta:

1. Se *“quemaría”* la fuente de información, luego ese mismo confidente no podría seguir actuando en otras operaciones aún abiertas o incluso no podría participar en otros procesos.
2. Se pondría en peligro a la persona del confidente así como a sus familiares y allegados porque, se le podría aplicar lo previsto en la LOPTP, pero consideramos que tras treinta años desde su promulgación en el año 1994 ya no ofrece toda la protección que necesitan hoy en día estos testigos, sobre todo cuando han estado incursos en organizaciones criminales, dada su peligrosidad y carácter vengativo y

¹⁰⁶ Como podemos ver, por ejemplo en la STS 1100/2015, de 18 de marzo.

¹⁰⁷ Así lo acepta el TS por ejemplo en su STS 658/2012, de 13 de julio que dice expresamente *“Cuando las informaciones vienen acompañadas de otros datos corroboradores, o ellas mismas son las que funcionan como elemento corroborador de otros y, por supuesto sin necesidad de desvelar la identidad del informador, unas noticias confidenciales pueden constituir la base indiciaria necesaria para una intervención de las comunicaciones.”*

¹⁰⁸ Y que también podemos observar en la jurisprudencia de nuestro TS desde el año 1996, STS 3195/1996, de 26 de septiembre o como por ejemplo en la STS 10106/2014, de 20 de noviembre.

violento. Y porque la delincuencia organizada no deja de reinventarse, por eso se deben actualizar también la protección ante las nuevas formas de criminalidad, máxime cuando hablamos de personas que actúan con su verdadera identidad y no en una ficción de vida creada para la operación.

3. Si se permitiese conservar el completo anonimato al confidente se estaría atentando contra los principios del proceso así como las garantías y los derechos del enjuiciado: el derecho de defensa, a la presunción de inocencia. El principio de contradicción e inmediación, igualdad de armas, el principio de publicidad e irremediablemente estaríamos ante una prueba nula.
4. El confidente puede ser parcial, puede ser una persona que pretenda vengarse de el/los enjuiciados, puede que sea una persona con una animadversión manifiesta hacia los mismos porque realmente el confidente puede conocer a los investigados en profundidad, sus vínculos pueden haberse creado desde muy antiguo, puede existir un móvil de venganza que mueve al confidente a colaborar con la policía, porque recordemos, no estamos ante un profesional funcionario policía, agente encubierto, que se infiltra en una organización criminal del cual se conoce que no va a esconder estas razones de odio ni siquiera cuando la operación encubierta hubiera tenido una duración muy larga.

Por ello, para que la información aportada por el confidente pueda constituir prueba penal¹⁰⁹, es necesario que deponga en el juicio oral y se someta al interrogatorio. Esto se suele realizar como testigo protegido, aplicando la LOPTP por el gran riesgo que corre, sin embargo, también sería peligroso para el confidente, no solamente por la precariedad en las medidas de protección de testigos y peritos que prevé esta LO sino también porque en virtud del art.4.3 de la LOPTP cualquiera de las partes podría solicitar de forma motivada que se revele su identidad y si el juzgador lo autorizara el confidente así como sus familiares y allegados estarían en peligro dado el carácter vengativo y violento de las organizaciones criminales que tratamos de desarticular gracias a figuras como ésta. Ante este problema, resultan varios escenarios:

Que el testimonio del confidente se le apliquen otras medidas de protección de testigos y peritos no recogidas en la LOPTP como es el caso de la posibilidad de poder declarar mediante videoconferencia prevista en el art. 731 BIS LECrim, que sea utilizada

¹⁰⁹ Así lo acepta nuestro TC desde el año 89, a la luz de la STC 217/1989, de 21 de diciembre.

tanto en la fase de instrucción como en las sesiones plenarias del juicio oral, pudiéndose distorsionar su imagen y su voz. Esta opción generaría más seguridad al confidente porque, no debería acudir al juzgado en persona. Las partes podrían solicitar al Juez de Instrucción que se revele la identidad del mismo para no vulnerar su derecho de defensa.

Que acuda el agente de enlace o agente controlador a las sesiones de juicio oral o bien otro policía que haya escuchado las confidencias, las declaraciones que surgen del confidente. Dicho policía sería un testigo de referencia, esto también evitaría que la persona del confidente acudiese a las sesiones plenarias porque las partes conocerían la identidad del agente que acude al juicio oral y podrían interrogarle. Esta opción resta peligrosidad sin embargo, también se debería revelar la verdadera identidad del confidente como establece el art. 710 LECrim y de esta forma, las partes no podrían interrogar a quien acusa porque, en puridad, interrogar a un policía que conoce las confidencias, es decir interrogar a un testigo de referencia no equivale a interrogar al propio confidente que vivió en primera persona lo sucedido, que es el testigo directo de lo acontecido. Se vulneraría con esta opción el art. 6.3 del Convenio de Roma y la doctrina jurisprudencial del TS para la validez del testimonio de referencia STS 563/1996, de 20 de septiembre, STS 35/1995, de 6 de febrero.

Autores como MAGRO SERVET determinan que el confidente tiene que identificarse y declarar, así como someterse al interrogatorio de las partes para que sus testimonios tengan validez probatoria, determina que el confidente anónimo no es válido como medio de prueba. Los agentes de policía debidamente identificados que acudan al proceso en calidad de testigos de referencia de las confidencias tampoco son válidos como medio de prueba porque, en puridad, procede de una fuente anónima. Y esto, porque se debe cumplir con los principios del proceso penal así como los derechos y garantías de las partes.¹¹⁰

Por último, y en relación al **valor probatorio** de esta prueba. Cuando el confidente acudiese al juicio oral¹¹¹ o bien declarase a través de videoconferencia para protegerle, las partes conocerían su identidad y además le someterían a sus interrogatorios, de esta forma el confidente en sala ratifica sus confidencias, depone en plenario y se somete al interrogatorio de las partes por lo que del confidente surge una prueba testifical, de un

¹¹⁰ MAGRO SERVET, V., ``El valor del confidente policial como prueba en el juicio oral'', en *La Ley Penal*, número 129, ed. Wolters Kluwer, 2017, p.1-8.

¹¹¹ Aplicándole siempre la LOPTP.

testigo directo. A pesar de ello, se trata de una persona no ajena al proceso porque ha participado en su investigación, ahora participa en su enjuiciamiento y además conoce a las partes, incluso podría ser familia de los mismos cuando se trate de grandes clanes familiares luego, pueden existir vínculos muy profundos al encontrarse relacionado y/o incurso en la organización criminal, por lo que no existe imparcialidad alguna. Por ello, la prueba testifical que emana del confidente no puede enervar por sí sola la presunción de inocencia del/ los enjuiciados, este es el parecer de toda la doctrina dogmática y jurisprudencial consultada, también el nuestro.¹¹²

F) Conclusiones sobre el confidente

-Los confidentes han tenido y tienen una gran importancia en el proceso penal, en primer lugar protagonizando las investigaciones preprocesales que se llevan a cabo para confirmar los indicios de criminalidad, en segundo lugar a la hora de portar la *“notitia criminis”* y poder iniciar las investigaciones procesales porque a través de ellos se podría iniciar un proceso penal, cuando la instrucción ya pende y un miembro de la organización criminal arrepentido aporta datos, indicios y pruebas nutriendo de esta forma la instrucción penal además, gracias a sus informaciones se puede motivar la adopción de otras medidas de investigación, como la intervención de las comunicaciones.

-Es un instrumento procesal eficaz para recabar información sobre las organizaciones criminales que resulta crucial para iniciar las investigaciones, y para la obtención de pruebas, en la lucha contra el crimen organizado, sin embargo, actualmente existe un plano de inseguridad jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de contrarrestar y todo ello porque en la actualidad no existe una regulación procesal sobre la figura del confidente ocasionando un gran recelo e inseguridad ante el uso de este instrumento procesal, porque se sigue utilizando ya que es un instrumento de investigación muy fructífero.

-El confidente no es un policía, en cambio el agente encubierto siempre es un funcionario policía. El confidente solo utilizará la técnica de la infiltración cuando no haya tenido relación con la organización criminal que se pretende investigar, porque de

¹¹² Como podemos observar en STS 1100/2015, de 18 de marzo en MAGRO SERVET, V., *“El valor del confidente policial como prueba en el juicio oral”*, op. cit...p.4 y ss.

ser un miembro de la organización criminal que decide colaborar con la justicia ya se encontraría incurso en el entorno criminal.

-Para ser confidente se deben reunir unas características personales específicas, que hemos descrito, ya que no todas las personas que han formado parte de una organización criminal y se han arrepentido pueden ser confidentes de la policía. El confidente no es un denunciante anónimo y en la actualidad existen distintas clasificaciones de confidentes, para nosotros la más correcta sería: confidentes colaboradores, confidentes arrepentidos y confidentes infiltrados, explicadas *supra*.

-A cada confidente se le asigna un funcionario policía llamado agente controlador o de enlace, este policía es quien se encarga de recepcionar toda la información ofrecida por el confidente, es decir quien conoce las confidencias y quien controla la actividad del confidente. Es necesario que exista una relación de confianza entre el agente controlador o de enlace y el confidente. A pesar de su papel protagonista en la operación tampoco cuenta con regulación alguna, y muy pocos autores hablan sobre esta función policial.

-En la actualidad, ser confidente en España es mucho más peligroso que ser agente encubierto, porque las personas que deciden ser confidentes no cuentan con una formación específica para realizar dicha operación ni suelen conocer el proceso penal, ni le sería de aplicación lo dispuesto en el art. 282 BIS LECrim. De esta forma, a medida que avanza el tiempo en que el confidente colabore con la policía más riesgos estará asumiendo porque ha traicionado la confianza de la organización criminal y sigue manteniéndose en la misma para aportar información a la policía, estos riesgos continúan y se transforman cuando termina la investigación y comienza el enjuiciamiento de los ilícitos ya que no cuentan con tantas garantías procesales y penales como las que sí que tienen los agentes encubierto, especialmente, no estarán exentos de responsabilidad criminal y solo se les podrá aplicar, si lo decide la autoridad judicial competente, lo dispuesto en la LOPTP y otras medidas de protección no recogidas en dicha norma, como la posibilidad de declarar a través de videoconferencia prevista en el art. 731 BIS LECrim.

-La STS 11719/1995, de 14 febrero establece que *“La figura del arrepentido, en el contexto de lo que ha sido denominado prueba cómplice supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Y añade que “Este informador debe ser tratado como un coimputado*

en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento.” En la doctrina actual, como en SANCHEZ GARCÍA DE PAZ¹¹³ encontramos que es tratado procesalmente como un coimputado y que según la STS 515/2019, de 29 de octubre la declaración inculpativa del coimputado no tiene por sí misma y por sí sola valor de prueba de cargo porque debe ser mínimamente corroborada especificando que *“Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.”*

-Si el confidente no se identifica, declara y se somete al interrogatorio de las partes durante el juicio oral, sus testimonios carecen de validez al menos como prueba de cargo porque no pueden ser interrogados, se desconoce su origen e imparcialidad. La sentencia se debe basar en otras pruebas validas en derecho. Como fija nuestro TS desde el año 97¹¹⁴ porque serían testimonios anónimos, de personas de las que desconocemos su imparcialidad y que no pueden ser interrogadas. De esta forma, se vulneraría el derecho que tiene la defensa del acusado de interrogar a los testigos de cargo, art. 6.3 apartado d del Convenio de Roma¹¹⁵, el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías art. 24.1 y 2 CE, también como hemos expuesto.

-La denuncia puede ser anónima en España, la LECrim no lo recoge expresamente pero tampoco lo proscribe, no encontramos en la LECrim un artículo referido expresamente a los denunciadores anónimos ni a los confidentes o arrepentidos por lo que animamos al legislador a recogerlos, por todo lo expuesto, para que la regulación penal que sí que se encuentra prevista en los arts. 376 y 579 BIS CP sea acompañada de una regulación a nivel procesal.

-Por último, creemos que una solución a los problemas expuestos podría ser que se estableciera que la declaración de este tipo de testigos especiales, en este caso los confidentes o arrepentidos debe realizarse en todas las causas penales a través de videoconferencia con imagen y voz distorsionada, conociendo todas las partes su identidad, pero no su aspecto ni voz actual, no acudiendo nunca a la sede judicial o fiscal para salvaguardar su seguridad. Apoyamos esta solución porque, como hemos explicado,

¹¹³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 07-05, 2005, pp. 19-20.

¹¹⁴ STS 3195/1996, 26 de septiembre.

¹¹⁵ Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979.

los confidentes o arrepentidos no tienen las mismas garantías procesales y penales que los agentes encubiertos, por lo tanto no se les puede otorgar esa doble protección que sí pueden tener los agentes encubiertos en las sesiones de juicio oral, esto es, poder mantener la identidad falsa y además poder aplicarles la LOPTP en virtud del apartado segundo del art. 282 BIS LECrim.

2.2.2. Los testigos anónimos

A) Marco normativo y concepto

El testigo anónimo es un instrumento de investigación de tipo personal, al igual que el agente encubierto que es bastante utilizado en la lucha contra la delincuencia organizada. Tengamos en cuenta que como se recoge en el Acuerdo PCI/161/2019 del Consejo de Seguridad Nacional por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave, la delincuencia es una realidad cambiante que avanza a medida que lo hace la sociedad, por ello, demanda una participación ciudadana activa para lograr la colaboración y el intercambio de información relacionada con la misma.¹¹⁶ Así las cosas, este tipo de delincuencia sigue ocasionando daños estructurales en los Estados tanto a nivel social como económico y político, afecta sobremanera a los derechos de los individuos y a la convivencia provocando una gran alarma social. Por ello, como venimos exponiendo los Estados han desarrollado distintos instrumentos para tratar de investigar y de conseguir punir los ilícitos que se llevan a cabo en el seno de las organizaciones criminales, en este marco el testigo anónimo puede ser una pieza esencial.

Pues bien, las estructuras y organizaciones criminales desarrollan un carácter vengativo y violento especialmente hacia sus delatores alcanzando a sus familiares y allegados, y todo ello genera un gran miedo y rechazo a colaborar con la Justicia entre los ciudadanos que tienen o han tenido algún tipo de relación con las mismas. Sin embargo, centrándonos en el ordenamiento jurídico español, comenzando por la Constitución el art.18¹¹⁷ se fija la obligación de todos los ciudadanos a colaborar con la justicia. En el

¹¹⁶ Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España, p.2.

¹¹⁷ “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

mismo sentido se pronuncia la LOPJ, en su art.17, que concreta que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, en la forma que la ley establezca y con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes. Los testigos tienen la obligación de decir la verdad pues de lo contrario estarían perpetrando un delito de falso testimonio art. 715 LECrim y 458 a 462 CP menos en los casos previstos en los arts. 416 y 417 LECrim. Todo ello, sin olvidar que todo ciudadano que presencie o tenga conocimiento de la perpetración de un delito está obligado a denunciarlo ante la Policía, el Juez o la Fiscalía, arts. 259, 262 y 264 LECrim.

Precisamente por esta obligación que ha de ser cumplida, unida a la gran peligrosidad que entraña la declaración en contra de una organización criminal junto con la parca y anticuada protección de testigos y peritos que actualmente tenemos en España con la LOPTP¹¹⁸, existe la figura del testigo anónimo que, como señala nuestro TC se trata *“de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos”*.¹¹⁹ El testigo anónimo es una persona que suministra información a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado durante la fase de instrucción y en la fase de juicio oral debe acudir a sus sesiones en calidad de testigo protegido para ratificar sus declaraciones y someterse al interrogatorio de las partes, su identidad no es conocida durante el proceso penal porque: no se le haya podido identificar con sus datos personales o bien sí que es conocida su identidad por el juzgador y Ministerio Fiscal pero la parte acusadora la desconoce, no es revelada a las mismas, STC 64/1994, de 28 de febrero.

La doctrina del TC en cuanto al testigo anónimo coincide con la fijada por el TEDH¹²⁰ que fija que la participación y declaración de este tipo de testigo en el proceso penal tiene carácter excepcional porque afecta al derecho fundamental a la defensa ya que las partes no conocen su identidad durante el proceso y en momentos cruciales, como cuando se debe proceder al interrogatorio en sala, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Por ello, debemos diferenciar entre distintos tipos de testigo anónimo:

¹¹⁸ Cuestión que será analizada de forma profunda dado su carácter transversal a todos los instrumentos procesales para luchar contra la delincuencia organizada, incluido, el testigo anónimo.

¹¹⁹ STC 64/1994 de 28 de febrero y STC 71/1994, de 24 de marzo.

¹²⁰ STEDH 26 de marzo de 1996, caso Doorson versus Países Bajos, número 20524/92, STEDH 23 abril 1997, caso Van Mechelen versus Países Bajos, número 21363/93, STEDH, 14 febrero 2002 caso Wisser versus Países Bajos, número 26668/95, STEDH 28 marzo 2002, caso Birutis versus Lituania número 120660/02, STEDH, 22 noviembre 2005, caso Taal versus Estonia, número 13249/02.

B) Tipos de testigos anónimos

Como hemos podido comprobar en reiterada jurisprudencia internacional como por ejemplo, la fijada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que juzgó a Dusko Tadic¹²¹ y nacional STC 64/1994, de 28 de febrero que repasa la jurisprudencia del TEDH¹²² sobre este asunto, STS 852/2016, de 11 de noviembre, en la que pueden apreciarse los niveles de protección del testigo anónimo, como también podemos apreciar en la doctrina, por ejemplo a la luz de DEL CARPIO DELGADO y TORRAS COLL¹²³ el anonimato de los testigos puede manifestarse de distintas formas:

- Testigo anónimo absoluto y permanente. Este tipo de anonimato hace que el órgano juzgador así como las partes desconozcan la identidad del mismo, no se puede producir la confrontación visual con el acusado durante todo el proceso ni una vez finalizado, en la fase de ejecución. Incumpliendo de esta forma el principio de inmediación, también el principio de publicidad. Con el testigo anónimo absoluto y permanente no es posible el contrainterrogatorio¹²⁴, no se cumpliría tampoco con el principio de oralidad y no se produce la contradicción entre las partes, se vulneraría el derecho de defensa, de este modo una sentencia motivada en base a sus testimonios anónimos no sería de acuerdo a derecho por lo que no emana un proceso justo, por ello, no está permitido este tipo de testigo anónimo.¹²⁵
- Testigo anónimo parcial. Pues bien, que sea un testigo anónimo parcial quiere decir que el Juez de Instrucción, el órgano juzgador, el Ministerio Fiscal así como los

¹²¹ TPIY, Sala de primera instancia, 10 de agosto de 1995. Resaltar también que autores como DEL CARPIO DELGADO, J., "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del TEDH y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc", en *Revista Penal*, número 19, 2007, p.36 consideran que este es el primer precedente jurisprudencial para el derecho procesal internacional sobre el equilibrio entre el derecho del acusado a un juicio justo y el derecho de la víctima y testigo a la protección.

¹²² STEDH 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski versus Holanda, número 11454/85, STEDH, 27 de septiembre de 1990, Windisch versus Austria, número 12489/86 y STEDH de 15 de junio del 1992, caso Lüdi versus Suiza, número 12433/86.

¹²³ DEL CARPIO DELGADO, J. "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del TEDH y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc" *op. cit.* pp. 43-50. TORRAS COLL, J.M. "Los testigos protegidos y el derecho de defensa", *La Ley Penal*, número 10486, 2019, pp. 5-6.

¹²⁴ La STC 174/2003 de 29 de setiembre prohíbe los testigos anónimos. No se practicaría correctamente la prueba testifical y por lo tanto no lo acepta la jurisprudencia española STC 3/2010, de 3 de diciembre, o STC 174/2011, de 7 de noviembre.

¹²⁵ En la jurisprudencia del TEDH lo podemos observar en la STEDH 27 de septiembre de 1990, Windisch versus Austria, número 12489/86. STEDH 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski versus Holanda, número 11454/85, donde se estima este tipo de testigos anónimos contrarios al Convenio Europeo de Derechos Humanos por ser contrario a su art. 6.

letrados defensores sí que pueden conocer la identidad del testigo anónimo e interrogarlo sin verlo constituyendo más bien un testigo oculto¹²⁶. El acusado, el público asistente al acto del juicio oral y el resto de ciudadanos de tratarse de un delito público no conocerán su identidad, tampoco podrán verle y normalmente tampoco escucharán su verdadera voz. Donde, en caso de mantener dicho anonimato parcial desde las primeras investigaciones hasta el final del proceso sería un ``anonimato permanente`` obteniendo así la figura del testigo anónimo parcial permanente o bien se puede mantener solo en la fase de instrucción siendo temporal (testigo anónimo parcial temporal). Nos vamos a centrar en este tipo de testigo anónimo u ``oculto`` que sí que es aceptado en España a pesar de que su uso y presencia en el proceso penal español también podría llegar a violentar la defensa del enjuiciado, como explicaremos profundamente.

C) Debate doctrinal entorno a este instrumento procesal

Dada la naturaleza del anonimato en este tipo de testigo, sin lugar a dudas una vez más entran en contraposición los derechos y seguridad del testigo anónimo, los principios del proceso penal y las garantías y derechos del imputado, tanto en la fase de instrucción y si depone, también en la fase de juicio oral, estas cuestiones han sido debatidas doctrinal y jurisprudencialmente.

En primer lugar, debemos acudir a la doctrina sentada por el TEDH ya que existen sentencias del TEDH que aceptan la utilización del testigos anónimos donde ni el acusado ni su defensa conocen la identidad del testigo de cargo como en Doorson contra los Países Bajos de 26 de marzo de 1996¹²⁷. A partir del 1996 también admite que la prueba testifical del testigo anónimo puede alcanzar cierto peso probatorio siempre que cumpla estos tres criterios:

1. ``Que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que haya ponderado los intereses en conflicto.``

¹²⁶ La STC de 28 de febrero de 1994, número 64/1994 lo define como ``testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado``.

¹²⁷ STEDH 26 de marzo de 1996, caso Doorson versus Países Bajos, número 20524/92.

2. *“Que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio.”*
3. *“Que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.”¹²⁸*

Sin embargo, más adelante se establece que el principio de contradicción exige que las partes conozcan la identidad del testigo de cargo. Como ocurre en STEDH, 14 febrero 2002 caso Wisser versus Países Bajos, número 26668/95, se estima vulnerado el carácter contradictorio del proceso y los derechos de defensa del demandante. El TEDH establece que *“incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de “equilibrio” adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos”*¹²⁹ Por lo tanto, el TEDH no acepta el total anonimato ya que hace imposible la contradicción e incumple las exigencias del art. 6 del CEDH.

En la actualidad, el TC reproduce la doctrina sentada por el TEDH y añade que la declaración del testigo anónimo debe ser absolutamente excepcional puesto que si el acusado desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privado de datos que le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito como también podemos observar en la doctrina del TS por ejemplo, en la STS 378/2009 de 27 de marzo¹³⁰ en la que además de examinar la jurisprudencia del TEDH sobre los testigos anónimos, concluye afirmando que han de cumplirse estos dos parámetros: que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta y que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.

¹²⁸ STEDH, 14 febrero 2002 caso Wisser versus Países Bajos, número 26668/95 y en siguientes sentencias como STEDH de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros versus Lituania, número 120660/02, STEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al Khawaja y Tahery versus Reino Unido, número 425397/2011 y STEDH 19 de febrero de 2013, caso Gani versus España, número 61800/08. Sobre el desarrollo pormenorizado de cada uno de los requisitos *vid.* TURIENZO FERNÁNDEZ, A. “Sobre el testigo protegido en España: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre bajo examen”, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 53, 2021, pp.33-40.

¹²⁹ STEDH, 14 febrero 2002 caso Wisser versus Países Bajos, número 26668/95.

¹³⁰ Así como en posterior jurisprudencia: STS 1023/2011, de 5 de octubre, STS 652/2012, 23 de febrero, STS 384/2016, de 5 de mayo, STS 706/2018, de 15 de enero.

En más reciente jurisprudencia del TC como la *Sentencia 75/2013, de 8 de abril*.¹³¹ Se expone de nuevo la postura que tienen los tribunales españoles respecto a los testigos anónimos u ocultos. Tiene que haber razones suficientes como para que el Juez de instancia autorice motivadamente que se continúe con el anonimato durante el enjuiciamiento de la causa pendiente, una vez esto se produzca, el anonimato consistirá en no revelar la identidad e imagen del testigo al acusado o acusados ni al público pero sí que será conocida por el órgano juzgador, por el Ministerio Fiscal, por los letrados de las defensas que deben de guardar secreto sobre la misma, pero no pueden revelársela a sus clientes, a los acusados. Y por el jurado si se trata de un Tribunal del Jurado. Si no se justificase el anonimato del testigo en sentencia se podría recurrir precisamente por este motivo, interesando la nulidad de las actuaciones desde que interviene el testigo anónimo, y dicha sentencia se podría declarar nula por razones de forma.¹³²

Se expone claramente que esto afecta al derecho de defensa porque los letrados de los acusados desconocen si existen hostilidades entre el testigo anónimo y el acusado, no pueden formular las tachas de objetividad que podrían ser esgrimidas con cualquier otro testigo y no se puede valorar su relación con el objeto del proceso, la propia sentencia dice que *“el hecho de revelar la identidad del testigo a los abogados defensores, si bien no repone la totalidad del derecho de defensa, lo sitúa en un lugar compatible con mantener el necesario anonimato del testigo para los acusados y el público asistente al acto del juicio oral;”* y que *“nos encontramos con que la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías”* porque se trata de una decisión motivada y explicada debidamente en el acto del juicio oral por lo que el testimonio *“anónimo u oculto”* ha sido introducido de forma correcta en el juicio oral.

El tribunal considera que el derecho de defensa solamente se vulneraría si la sentencia condenatoria vertebrara la culpabilidad basándose *“exclusivamente o de forma decisiva”* en la prueba testifical que nace del testigo anónimo u oculto. De esta forma,

¹³¹ *Recurso de amparo 1771-2011. Promovido por don Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena en relación con la Sentencia de la Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que les condenó por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena fundada únicamente en un testimonio anónimo cuya fiabilidad no tuvieron oportunidad de contrastar los acusados (STC 174/2011, de 7 de noviembre).*

¹³² Como ocurrió en STEDH 14 febrero 2002 caso *Wisser versus Países Bajos*, número 26668/95, en STEDH 23 abril 1997, caso *Van Mechelen versus Países Bajos*, número 21363/93.

como se adelantaba, el testigo anónimo que está permitido tanto a nivel internacional como nacional es el testigo anónimo parcial u oculto cuya presencia en el proceso penal causa siempre controversia.

En primer lugar, por los derechos del testigo anónimo que podrían verse vulnerados: su derecho a la vida e integridad física, derecho a la libertad o seguridad personal así como la de sus familiares y allegados art.15 y 17 CE, esta vulneración se debe a la deficiente protección de testigos y peritos que otorga la ineficaz LOPTP¹³³.

En segundo lugar, también hemos de valorar los derechos del acusado que podrían verse vulnerados, son:

- a) El derecho a la defensa: porque, como se adelantaba, no se puede preparar una buena defensa si se desconoce la identidad de quien acusa¹³⁴, no se puede crear una estrategia, así, sin duda, de entre las medidas que puede adoptar el Juez para proteger a un testigo durante la instrucción la que más afecta a la preparación de la defensa es el anonimato, porque normalmente en la práctica la identidad de estos testigos es revelada a los letrados defensores justo antes de iniciar las sesiones de juicio oral, de esta forma, el derecho de defensa no se ve vulnerado pero sí que se ve afectado o limitado porque no se puede preparar una buena defensa sin margen de tiempo y porque en puridad, el letrado no puede conocer justo antes de entrar a la sala si ese testigo anónimo es amigo del enjuiciado o bien odia a su defendido, si siente animadversión o cuál puede ser el móvil, interés o la situación personal que le mueva a realizar declaraciones inculpatórias en contra de su patrocinado. No se puede recusar ni dispensar al testigo, art. 416 LECrim. No se pueden presentar tachas de objetividad de dicho testigo, art. 377 LECrim. Además, sería muy difícil motivar la responsabilidad civil y penal del testigo. La doctrina mayoritaria mantiene este criterio, por ejemplo, autores como PRAT WESTERLINDH¹³⁵ determinan que ni siquiera sería suficiente con revelar la identidad del testigo anónimo justo antes de que comience el acto del juicio oral *“al carecer de margen temporal para efectuar las pesquisas pertinentes que pudieran haber facilitado la preparación de la defensa*

¹³³ Como se expondrá profundamente en los próximos capítulos, en este apartado, baste decir que ocurre porque solo detalla una serie de medidas que el Juez puede adoptar para examinar al testigo entre las que se encuentra el anonimato como expone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El anonimato y la ocultación del testigo.” *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*, número 2009/1713, 2009, p.6.

¹³⁴ Art.2 LOPTP

¹³⁵ PRAT WESTERLINDH, C. “No es suficiente proporcionar a los letrados la identidad de los testigos anónimos”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 875/2013, 2013, pp.1-2.

a partir de dicha información.” y a la luz de DEL CARPIO DELGADO¹³⁶ cuando no se conoce la identidad de un testigo que acusa es más complicado preparar la defensa aunque este autor también determina que tal limitación de este derecho del acusado estaría justificada si es desvelada a las partes como mínimo 30 días antes de la fecha en que deba prestar testimonio, opinión que compartimos y apoyamos.

Pues bien, como se ha expuesto el derecho a la defensa no se vería vulnerado en caso de que los letrados de las partes conocieran la identidad del testigo anónimo y pudiesen interrogarle en cualquier momento del proceso aunque sí que consideramos que este derecho se limita y matiza por las razones expuestas en favor a conseguir punir.

- b) El derecho a conocer la identidad de quien le acusa. Aquí debemos resaltar que, como venimos exponiendo, a este testigo también le sería de aplicación la LOPTP, en virtud de su art.1. Sin embargo, a la luz del art.4.3 de esta misma LO se podría revelar la identidad del testigo anónimo en caso de que se pretenda practicar su prueba testifical si alguna de las partes lo solicita en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa y el Juez lo acepta, pero si el Juez o Tribunal no lo estima pertinente puede rechazar tal petición, de la lectura del art.4.3 se desprende esta percepción que de producirse violentaría este derecho porque además no se han fijado unas razones que puedan hacer que el Juez o Tribunal se niegue a revelar tal identidad. Hoy en día tampoco existe regulación sobre si dicha decisión tiene que ser comunicada al testigo anónimo con anterioridad a las partes, para que pueda tomar él mismo sus cautelas. La identidad del testigo anónimo es revelada a los letrados de las defensas, como se ha expuesto, para no vulnerar este derecho pero su declaración no se inicia con su identificación art. 435 LECrim, art. 367 LECrim. Es más complejo proponer una prueba de descargo o contraprueba si no se conoce la identidad del testigo por el propio acusado.
- c) El derecho a interrogar al testigo de cargo así como al de descargo, es decir el derecho al contrainterrogatorio, recogido en el art. 6.3 d) del CEDH¹³⁷ y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁸, se vulneraría en caso de que el

¹³⁶ DEL CARPIO DELGADO, J. “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del TEDH y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc” *op. cit.*...p.49.

¹³⁷ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, entre ellas, la de contradicción personal de los testigos de cargo. En adelante, CEDH.

¹³⁸ De 19 de diciembre de 1966.

testigo anónimo no acuda a testificar en la fase de juicio oral y/o no se someta al interrogatorio de las partes. Actualmente, se considera que este derecho no se vulneraría si las defensas pudiesen interrogarle en cualquier momento del proceso penal.¹³⁹

Por otra parte y sobre el derecho a interrogar al testigo de cargo, en los procesos penales en el que el testigo anónimo acude a las sesiones de juicio oral se establecen medios físicos de protección¹⁴⁰ tales como biombos o mamparas para ocultar su imagen a la sala y a los acusados, o bien declara por videoconferencia con imagen y/o voz distorsionada con el mismo fin, de forma que solamente sea visible para el órgano juzgador, el Ministerio Fiscal así como los letrados de las defensas que pueden interrogarle como a cualquier otro testigo o perito protegido, no vulnerando este derecho aunque si que limitándolo.

- d) El derecho a la última palabra que tienen los acusados, consideramos que sí que se vería bastante mermado en estos casos con testigos anónimos u ocultos al no poder poner en cuestión la fiabilidad o credibilidad del testimonio porque no saben de quien se trata.

En cuanto a **los principios del proceso que podrían verse vulnerados**, tenemos:

- El principio de publicidad, pues un proceso en el que participa un testigo anónimo hace que no sea del todo público a pesar de que la publicidad otorga legitimidad al proceso penal y le aporte crédito al mismo en virtud de los art.6.1 CEDH y 24.2 CE sin embargo, cuando se trata de personas que tienen relación con organizaciones criminales que, traen al proceso información para desarticularlas el principio de publicidad se matiza en favor al derecho a la vida e integridad física del testigo protegido máxime cuando en la mayoría de los casos corre peligro su vida y la de sus familiares y allegados por la labor de venganza que normalmente emprenden, con ello queremos decir que el principio de publicidad se vería restringido en favor a la protección del testigo anónimo u oculto al no poder conocer su identidad, ni

¹³⁹ Como podemos apreciar en jurisprudencia internacional STEDH de 31 de octubre del 2001, Solakov versus la Antigua República Yugoslava de Macedonia, número 47023/99, STEDH de 19 de febrero de 1991, caso Isgro contra Italia, número 11339/85. También en ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., ``El Derecho a conocer e Interrogar el testigo de cargo en el proceso penal. Ponencia presentada en el curso de formación de Jueces y Magistrados 2007'', en *Revista jurídica de Navarra*, número 43, 2007, p. 189 y ss.

¹⁴⁰ Las previstas en el art. 2 de la LOPTP.

poder verles y/o escuchar su verdadera voz los acusados, el público de la sala y el resto de la sociedad así como con el resto de medidas que se pueden adoptar a la luz del art. 2 de la LOPTP.¹⁴¹

Por lo demás, las declaraciones del testigo anónimo u oculto del que hablamos seguirán documentándose en actas, podrán seguir siendo grabadas, no se restringirá el acceso de público a las sesiones de juicio oral, todo el proceso seguiría siendo público y no se vulneraría el principio de publicidad porque el funcionamiento de los tribunales en esta causa después de levantar el secreto de sumario (de haberlo habido) es público pudiendo ser sometido al control de los justiciables.

- El principio de contradicción e igualdad de armas se vería vulnerado de no poder interrogarle. Como se ha expuesto en la actualidad se acepta que se le pueda interrogar en cualquier momento del proceso penal, siempre de manera motivada. Aquí también nos parece hay que tener en cuenta lo que dice el art.118 LECrim, preguntándonos si se cumpliría el principio de contradicción solo si el letrado del acusado interroga al testigo de cargo o si es necesario que también esté presente el propio acusado para no vulnerar su derecho de defensa. El TS ha considerado suficiente la presencia del letrado del acusado como podemos observar por ejemplo, en la STS 1033/2004, de 22 de septiembre¹⁴².

Es importante resaltar que estos principios se verían matizados, limitados ya que las preguntas se harían mucho más genéricas y no tan concisas y centradas al haber podido conocer la identidad del testigo justo antes de entrar a juicio oral, de esta forma el testigo anónimo podría ser de una persona que siente odio o una enemistad manifiesta, o animadversión hacia el acusado o si, en definitiva, existieran razones para dudar de la veracidad de lo declarado.¹⁴³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI¹⁴⁴ expone que el principio de contradicción se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en cualquier otro momento

¹⁴¹ NÚÑEZ PAZ, M.A., “Protección de testigos y tráfico de drogas” En *Delitos de tráfico ilícito de drogas: problemáticas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Coord. Atahumán Páucar, J.C. y Reyna Alfaro, L.M, ed. Jurista editores, Perú, 2018, pp. 439-463.

¹⁴² La STS número 449/2005, 11 de abril el derecho de contradicción se satisface con la declaración sumarial de la víctima en presencia de la defensa de los acusados.

¹⁴³ STS número 852/2016, de 11 de noviembre “La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.”

¹⁴⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “El Derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal”, *op. cit...*p. 200.

del proceso por lo que con el testigo anónimo u oculto sí que se produce aunque de manera un tanto restringida, como explicamos.

Además de los principios del proceso penal y las garantías y derechos del enjuiciado así como del propio testigo anónimo u oculto, es necesario hablar específicamente sobre **el valor probatorio de la declaración del testigo anónimo**. Hoy en día, como hemos adelantado, la prueba testifical que nace del testigo anónimo no puede constituir prueba de cargo suficiente como para que por sí sola, por sí misma desvirtúe la presunción de inocencia.¹⁴⁵ Lo cierto es que nos parece razonable que la declaración de una persona anónima no pueda servir como prueba suficiente de cargo como para que por sí sola enerve la presunción de inocencia, porque la realidad es que en mayor o menor medida se restringen los derechos y garantías del acusado. Sin embargo, existen matices, porque no se puede menospreciar ninguna prueba sobre organizaciones criminales dado su carácter tan hermético.

Así las cosas, el anonimato no genera demasiados problemas durante las investigaciones, en la fase de instrucción en la que el testigo anónimo actúa como fuente de pruebas para abrir o avanzar en la investigación, donde verdaderamente genera controversia es, como se adelantaba, en la fase de juicio oral en la que la veracidad de lo declarado o la imparcialidad del testigo quedan, limitadas por el anonimato al acusado y esto claramente afecta al valor probatorio que tiene la prueba testifical del testigo anónimo u oculto. Por ello, lo que tenemos es que actualmente la prueba testifical que nace de las declaraciones del testigo anónimo solo sirve de apoyo y aportarían más peso, al resto de pruebas inculpatorias; las declaraciones vertidas por el testigo anónimo han de tener cierto valor probatorio pero por sí mismas, por sí solas no pueden desvirtuar la presunción de inocencia, es decir, no constituyen prueba de cargo con suficiente peso como para vencer la presunción de inocencia.

En cuanto a la práctica de esta prueba, decir que las declaraciones del testigo anónimo deben ser ratificadas en el acto del juicio oral en virtud del art.4.5 de la LOPTP declarando el testigo anónimo directamente en el juicio, siempre por videoconferencia 731 BIS LECrim, como explicamos *supra* y a lo que añadimos que también debería de poderse realizar de manera preconstituida o anticipada, arts. 448, 449 730, 777.2 y 781.1

¹⁴⁵ STEDH del 27 mayo de 2004, Yurttas versus Turquía, número 25143/94 y 27098/95, STC 64/1994, de de 28 de febrero, ATC 7/1999, 20 de enero. También STS 416/2005, de 31 de marzo de 2005.

LECrim, si se llegase a motivar que el enjuiciado puede llegar a adivinar la identidad del testigo anónimo de producirse el interrogatorio en sala así como que el testigo anónimo siente miedo¹⁴⁶ a ser descubierto y por ello no acude a las sesiones juicio oral o que acuda y cambie sus testimonios, salvando también esta opción la posibilidad de que una causa sobrevenida que le haga imposible comparecer de nuevo en el juicio oral para testificar (por ejemplo, por una grave enfermedad del testigo anónimo) de esta forma no deberá estar presente en el juicio oral y la prueba podrá ser tomada en cuenta por el órgano juzgador a la vez que se garantiza el principio de contradicción porque los letrados de las defensas han debido de poder interrogarle conociendo su identidad, también se cumpliría el principio de inmediación porque su testimonio debe ser leído en sala durante el acto del juicio oral¹⁴⁷.

Esta última opción también se encuentra avalada por la jurisprudencia del TEDH y por la jurisprudencia española, al considerar que la prueba testifical del testigo anónimo puede ser válida si dicho testigo se ha sometido al interrogatorio de las partes en cualquier momento del proceso. El TEDH ha determinado que se pueden incorporar al proceso declaraciones vertidas en la fase instructora siempre que existan causas legítimas que impidan la propia declaración en el juicio oral y siempre que las defensas hayan podido interrogar al testigo y el acusado haya podido contestar su testimonio, de esta forma no lesionaría por sí misma los derechos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH como podemos ver en sus SSTEDH 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski versus Holanda, número 11454/85, STEDH 23 abril 1997, caso Van Mechelen versus Países Bajos, número 21363/93, STEDH 19 de julio de 2012, caso Hümmer versus Alemania, número 26171/07. O la STC 80/1986, de 17 de junio, *“la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción.”*¹⁴⁸

Así lo proponemos porque, los testigos anónimos al igual que los confidentes no cuentan con esa doble protección que les proporciona la LECrim a los agentes encubiertos en el apartado segundo del art. 282 BIS, es decir, a los testigos anónimos se les puede

¹⁴⁶ Como podemos observar en la STS 396/2019, de 24 de julio.

¹⁴⁷ Art.4.5 de la LOPTP que nos remite al art. 730 de la LECrim y más específicamente sobre esta cuestión MUERZA ESPARZA, J. *“Sobre los límites de la prueba presconstituida en el proceso penal”*, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 39, 2016, pp. 1-22 y pp. 8-10.

¹⁴⁸ Y más reciente podemos ver la STC 68/2010, de 18 de octubre.

aplicar la LOPTP y las medidas de protección de testigos que no se encuentran en la LOPTP que hemos ido exponiendo, como la videoconferencia, pero no pueden mantener su identidad ficticia cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido, en este caso porque no contaban con la misma, por ello, es más peligroso para los mismos acudir a las sesiones de juicio oral, porque en virtud del art. 4.3 de la LOPTP se puede llegar a revelar su verdadera identidad.

D) Conclusiones sobre el testigo anónimo

-En la actualidad solo se acepta el tipo de testigo anónimo parcial u oculto. El Juez de Instrucción y el Juez u órgano judicial que haya de dilucidar la causa, el Ministerio Fiscal y los abogados defensores deben conocer la identidad del testigo anónimo para que el proceso tenga coherencia. Si estuviésemos ante un tribunal del jurado, las personas que componen el jurado también tienen que conocer su verdadera identidad.

-El anonimato es una medida excepcional la cual solo debe ser adoptada cuando el resto de medidas procesales o extraprocesales para proteger al testigo no sean suficientes. La admisión de testigos anónimos sin ser del todo necesarios facilitaría la creación de pruebas falsas y vaciaría de contenido el proceso justo. Por ello, el anonimato que puede haber sido aceptado por el Juez de Instrucción puede ser rescindido por el Juez que deba juzgar porque el peligro para la vida e integridad física de un testigo protegido no lo convierte automáticamente en un testigo anónimo sino que el órgano juzgador tiene que ponderar los bienes protegidos para conservar o modificar las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción. Se debe realizar, por tanto, una valoración de los bienes constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en el testigo en relación con el proceso penal.¹⁴⁹ Se debe modular atendiendo a la presencia tanto de los intereses y principios del acusado como del testigo como podemos observar en la STC 174/2011, de 7 de noviembre por la cual *“en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración.”*

-Esto es así ya que, en puridad, los testimonios anónimos generan muchos problemas jurídicos, como se ha ido explicando en este apartado. Todo lo cual, es necesario equilibrar las garantías del enjuiciado con la protección de los testigos que desean y necesitan conservar su anonimato al tiempo que se respeten los principios del

¹⁴⁹ SAN 55/2010 de 27 de julio.

proceso penal para que estos testigos acudan al plenario a testificar y a someterse al interrogatorio de las partes y para que la prueba testifical que nazca del mismo no pierda su eficacia. Esta labor no ha sido abordada aún por el legislador español, pero nuestros jueces han tratado de colmar a través de la jurisprudencia que hemos estado analizando.

-Consideramos que se trata de una tarea de capital importancia ya que no podemos prescindir, desproteger o minusvalorar una fuente de pruebas y una prueba testifical en sí misma muy cualificada contra las organizaciones criminales, por ello, ante el panorama actual entorno a esta figura jurídica la doctrina predominante hoy día es que la prueba testifical del testigo anónimo por sí sola no puede vencer la presunción de inocencia ni utilizarse como prueba inculpativa decisiva para fundamentar la condena, pero acompañada de otras pruebas inculpativas sí que serviría para corroborar la culpabilidad del enjuiciado, visión que compartimos y apoyamos. De esta forma, cuando se trata de conseguir punir delitos tan graves y con investigaciones tan complejas, es necesario reequilibrar los derechos de los encausados, los principios y garantías del proceso penal, asumiendo algunas matizaciones y limitaciones de los mismos. Estamos ante una “anomalía” procesal aceptada jurisprudencialmente y que debe ser aceptada por las partes así como por toda la sociedad.¹⁵⁰

-Pensamos que el Juez debe realizar un verdadero juicio de proporcionalidad¹⁵¹ y observar si existe más material probatorio en la causa, siquiera indicios en los que, una vez practicados, se pueda apoyar la sentencia, de esta forma nos parece que en caso de que el testimonio del testigo anónimo sea la única prueba de cargo inculpativa sobre la que poder vertebrar la culpabilidad del acusado porque no existan otras pruebas más válidas en derecho, no podrá ser declarada la culpabilidad del acusado por todas las restricciones en las garantías y derechos que genera, aun cuando los letrados de las defensas hayan conocido su identidad y lo hayan podido interrogar. Si se quisiera poner una sentencia condenatoria en base únicamente a una prueba testifical de testigo anónimo u oculto debería ser revelada su identidad también a los imputados.

¹⁵⁰ Tanto a nivel internacional por el TEDH, como hemos ido observando en su jurisprudencia expuesta como a nivel nacional STC 64/1994, de 28 de febrero, ATC 7/1999, 20 de enero, STC 184/2003, 23 de octubre, STC 174/2011 de 7 noviembre, STS 416/2005 de 31 de marzo.

¹⁵¹ De nuevo: principios del proceso penal, derechos y garantías del sospechoso y acusado, versus riesgo que corre el testigo. La tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo versus el derecho de defensa de los imputados, las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción, la correcta práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio, de la manera más justa posible.

-No desvelar la identidad de un testigo en el juicio oral, máxime cuando sus declaraciones son inculpatorias siempre limita los principios del proceso penal y los derechos, las garantías del enjuiciado sin embargo, esto no implica siempre una vulneración del derecho de defensa del acusado. Para nosotros su derecho a la defensa solo se verá vulnerado en caso de que no se haya revelado la identidad del testigo anónimo habiéndolo solicitado y la sentencia condenatoria solo se erija entorno a dichas declaraciones sin que existan otras pruebas de cargo o al menos otros indicios más válidos en derecho que avalen la culpabilidad. En definitiva, afirmamos que el derecho de defensa (y todos los derechos que emanan del art. 24 CE) solo se restringen pero no se llegan a vulnerar con las declaraciones del testigo anónimo u oculto siempre que los letrados de la defensa hayan conocido la identidad del testigo anónimo con antelación razonable a las sesiones de juicio oral, cuando hayan podido interrogar o hacer interrogar al testigo anónimo en cualquier momento del proceso y cuando la culpabilidad se base, además de en la prueba testifical del testigo anónimo u oculto, en otras pruebas inculpatorias de cargo y más válidas en derecho.

-Por último, creemos que la solución también podría consistir en la declaración del testigo anónimo fuese siempre prueba preconstituida o anticipada, como hemos explicado en este apartado sin que se revelara la identidad a los acusados y solamente conocieran dicha identidad el órgano juzgador, el Ministerio Fiscal y los abogados de la defensa como sí que acepta nuestro TC. Finalmente, nosotros también consideramos que otra solución a los problemas expuestos que suscita este tipo de prueba podría ser que además de al órgano juzgador, al Ministerio Fiscal y a los letrados de las defensas, de los acusados se revele la identidad del testigo anónimo a los propios acusados siempre que se estableciera que la declaración de este tipo de testigos especiales, en este caso el testigo anónimo debe realizarse en todas las causas a través de videoconferencia con imagen y voz distorsionada y que el Estado verdaderamente proporcionase los medios necesarios para poder tener una nueva vida principalmente, medios económicos.

2.2.3. Los servicios de inteligencia. Los agentes del centro nacional de inteligencia

A) Marco normativo y concepto de los servicios de inteligencia

Los servicios de inteligencia también protagonizan actividades de investigación infiltradas, además, aunque no comparten los mismos objetivos con los agentes policíacos encubiertos, como se expondrá, sí que cuentan con una regulación específica de sus

actividades que es necesario tratar, para analizar su posible extrapolación a la situación y funciones del agente policial encubierto.

En primer término, para comprender la figura de los agentes del Centro Nacional de Inteligencia (en adelante CNI) hemos de empezar concretando a qué nos referimos al hablar de ``inteligencia'', pues bien ésta es según ESTEBAN NAVARRO *``El producto que resulta de la evaluación, la integración, el análisis y la interpretación de la información reunida por un servicio de inteligencia. Su elaboración es objeto del proceso conocido como ciclo de inteligencia''* y más específicamente tenemos que la inteligencia criminal que es un *``Tipo de inteligencia llevada a cabo por los servicios de información policiales para resolver delitos y luchar contra el crimen organizado. La inteligencia criminal se caracteriza, al mismo tiempo, por tener un carácter preventivo de actividades delictivas y por complementar la acción judicial represiva mediante la aportación de pruebas en la puesta del delincuente ante la Justicia''*¹⁵²

Así, los servicios de inteligencia¹⁵³ en España son un organismo del Estado definido como entidad pública, que cuenta con un presupuesto propio, que tiene el objetivo general de facilitar al presidente del gobierno y al gobierno de la nación informaciones, análisis, estudios y propuestas que le permitan prevenir peligros, amenazas, agresiones contra la

¹⁵² ESTEBAN NAVARRO, M. A., *``Glosario de Inteligencia''*, ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2008, pp. 74-77. Porque además, dentro de la inteligencia existen diferentes tipos, como por ejemplo: la inteligencia básica *``tipo de inteligencia cuyo fin es satisfacer los requerimientos de inteligencia permanentes y generales de la organización. Que no es otro que lo que consta en sus propios archivos y que, bajo determinadas circunstancias, puede adquirir insospechado valor en la resolución de nuevos casos''* o *``inteligencia de comunicaciones'' se entiende el "tipo específico de la inteligencia de señales que se elabora a partir de la obtención y el procesamiento de datos provenientes de la detección, interceptación y descifrado de transmisiones efectuadas por cualquier medio, por un receptor que no es quien pretendía el emisor. En general se ocupa de las señales de transmisión en serie como las de radio y video, ya que no es difícil la interceptación, mediante el empleo del equipamiento adecuado, del espectro radioeléctrico, de la redes de comunicaciones alámbricas o inalámbricas y de las redes basadas en infrarrojos"* o *``inteligencia de fuentes abiertas'' que es otro "tipo de inteligencia elaborada a partir de la información que se obtiene de fuentes de información de carácter público. Por fuente abierta se entiende todo documento con cualquier tipo de contenido, fijado en cualquier clase de soporte (papel, fotográfico, magnético, óptico...) que se transmite por diversos medios (impreso, sonoro, audiovisual...) y al que se puede acceder en modo digital o no, puesto a disposición pública, con independencia de que esté comercializado, se difunda por canales restringidos o sea gratuito. También se suele considerar fuente de información abierta el conocimiento suministrado por los expertos que forman la reserva de inteligencia de un servicio"* como también señala este mismo autor en las pp. 75-80.

¹⁵³ Durante la Segunda República española, hacia el 1935 podemos apreciar los primeros intentos de crear un servicio de inteligencia. Durante la Guerra Civil española 1936-1939, como enunciábamos en el capítulo primero, ambos bandos contaban con sus servicios de información dando lugar a solapamientos en sus actividades y operaciones infructuosas. Más adelante en el tiempo encontramos el Servicio Central de Documentación (en adelante, SECED) creado en el 1972 y el posterior Centro Superior de Información de la Defensa (CESID, en adelante) desde 1977 hasta 2002, que fue reemplazado por el actual Centro Nacional de Inteligencia.

independencia o integridad territorial de la nación, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones.¹⁵⁴ El propio CNI¹⁵⁵, establece que los servicios de inteligencia son organismos del Estado que tienen como misión obtener información no alcanzable por otros organismos y difundir inteligencia sobre diversas amenazas para prevenirlas y facilitar la toma de decisiones del gobierno. Como las amenazas son distintas existen diversas especializaciones de los servicios de inteligencia. Normalmente, no tienen carácter policial ni sus miembros tienen consideración de agentes de autoridad. Conviene apuntar que durante los últimos años, los servicios de inteligencia se han ido reformando conforme ha ido cambiando la forma de perpetración de los delitos que se pretenden investigar, todo ello debido a la globalización y las nuevas tecnologías que han revolucionado también el campo de los servicios de inteligencia. La realidad es que, como ya hemos apuntado en varias ocasiones en esta tesis doctoral el aumento y la transformación de la criminalidad organizada y transnacional ha hecho que los servicios de inteligencia deban adaptar sus estructuras, sus métodos, sus procedimientos de trabajo y por supuesto adiestrar a sus agentes de distinta forma. En el CNI se integran otros servicios de inteligencia, también públicos, que actúan en distintos ámbitos: inteligencia financiera, inteligencia de las fuerzas armadas, inteligencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las policías de Cataluña, País Vasco y Navarra (que tienen competencia para ello), también de las Fuerzas armadas.

Así las cosas, debemos hacer una mención especial al Centro de Inteligencia Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO, en adelante) creado en el 2014¹⁵⁶ integrando dos centros: el Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado (en adelante, CICO) y el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA, a partir de ahora) para conseguir combatir el terrorismo y el crimen organizado. Se trata de un centro de fusión que pretende dar respuesta a múltiples amenazas dentro siempre del terrorismo y la delincuencia organizada. El detonante que promovió su creación sin duda fueron los atentados del 11 de marzo en Madrid, a partir de ese momento la vinculación entre la delincuencia organizada y el terrorismo cada vez era más latente. La creación del CITCO hizo que se relacionaran el Sistema de Coordinación de Operaciones Antiterrorista (en adelante, SICOA) y el Sistema de Coordinación de Investigaciones (SCI, en adelante)

¹⁵⁴ LLAVADOR CISTERNES, H., LLAVADOR PIQUERAS, J., *El régimen jurídico de los Servicios de inteligencia en España*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p.30.

¹⁵⁵ En su web <https://www.cni.es/la-inteligencia>

¹⁵⁶ A través del Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

para crear estrategias de investigación conjuntas y más efectivas. Así, las principales funciones del CITCO son: Recepcionar, integrar y analizar la información estratégica para luchar contra el terrorismo y delincuencia organizada. Proponer las estrategias que se deben seguir contra la delincuencia organizada y el terrorismo, coordinando su ejecución, también ir actualizando las estrategias. Establecer y coordinar las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El CITCO también se encarga de crear los informes anuales de situación evaluando la amenaza que existe.¹⁵⁷ Y al margen del CITCO, en nuestro país existen agencias de inteligencia privadas, de seguridad corporativa, inteligencia competitiva, planificación y estrategia.

Centrándonos en el servicio público de inteligencia Español, tenemos que el CNI ha dependido orgánicamente hasta el año 2011 del Ministerio de Defensa, posteriormente pasó a estar adscrito al Ministerio de la Presidencia hasta el 2018 que con el cambio de gobierno pasó de nuevo a depender del Ministerio de Defensa¹⁵⁸. A pesar de ello, mantuvo y hoy tiene un claro corte militar. Este fuerte carácter tradicional castrense ha conformado una cultura institucional con unos valores militares: lealtad, sentido de patriotismo, honestidad. Además, como el resto de empleados públicos sus actuaciones deben obedecer los principios que rigen la actuación de dicho personal, como la objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, eficacia y honradez.

Hoy, lo encontramos regulado en la ley 11/2002, de 6 de mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, en adelante LRCNI. Debiendo tener en cuenta otras normas como son la LO 2/2002, de 6 de mayo reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, el Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo que establece una estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia. El Real Decreto 593/2002,

¹⁵⁷ Además del CITCO, también nos gustaría señalar la existencia del Centro de Coordinación de Información sobre Radicalización CCIR que se encuentra dentro del propio CITCO donde los ciudadanos pueden contactar para informar sobre posibles casos de radicalización con los objetivos de detectar, prevenir y conseguir neutralizar el radicalismo violento. Consultado por última vez el 19/01/2023 en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/plan-estrategico-nacional-de-lucha-contra-la-radicalizacion-violenta/colaboracion-ciudadana/>

¹⁵⁸ Como podemos apreciar en <https://www.cni.es/sobre-el-cni/organizacion#:~:text=El%20CNI%2C%20adscrito%20al%20Ministerio,o%20vinculados%20a%20la%20seguridad>. Consultada por última vez el 20/12/2023.

Sin embargo, nosotros pensamos que no tiene demasiado sentido que dependa del Ministerio de Defensa porque lo más coherente con su objetivo es que dependa del Ministerio de la Presidencia, a la luz del art. primero de su Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia *“El Centro Nacional de Inteligencia es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas....”*

de 28 de diciembre que establece el régimen económico presupuestario del CNI. El Real Decreto 1287/2005, de 28 de octubre que modifica el real decreto 593/2002, de 28 de diciembre por el que se establece el régimen económico presupuestario del CNI. El Real Decreto 612/2006, de 19 de mayo de modificación del Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo de 2002, que establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia. Orden DEF 2962/2009, de 2 de noviembre que modifica la dependencia orgánica de las Direcciones Técnicas en que se estructura el Centro Nacional de Inteligencia, que figura el Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo de 2002, que establece una estructura orgánica básica del Centro Nacional de Inteligencia. Orden PRE/723/2012, de 30 de marzo por el que se aprueba el nuevo modelo de tarjeta de identidad profesional y placa insignia del personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia y el Real Decreto 240/2013, de 5 de abril por el que se aprueba el estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia, en adelante el Estatuto.

B) Concepto y exégesis del agente al servicio del CNI

Los agentes del CNI son aquellos funcionarios encargados de proporcionar al presidente del gobierno y a todo el gobierno de España, las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones, en virtud del art. 1 de LRCNI. El CNI es un organismo público, con personalidad jurídica que se diferencia de otros servicios de inteligencia con una regulación propia.¹⁵⁹ Todos los agentes del CNI que se dedican a la inteligencia tienen la misión principal de *“obtener, evaluar e interpretar la información necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España. Así como prevenir y detectar las amenazas contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía e integridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población.”*¹⁶⁰

¹⁵⁹ LLAVADOR CISTERNES, H., LLAVADOR PIQUERAS, J., *El régimen jurídico de los Servicios de inteligencia en España, op. cit...* p.12

¹⁶⁰ Como podemos observar en <https://www.cni.es/trabaja-con-nosotros/trabaja-en-el-cni> Consultada por última vez el 20 de diciembre de 2023.

Así las cosas, conviene destacar que en los últimos años, dado el aumento y la transformación de la delincuencia organizada se ha incrementado considerablemente el reclutamiento de efectivos personales por parte de los servicios de inteligencia.¹⁶¹ Y es que desde el año 2000 el presupuesto, el personal y en definitiva las fuerzas dedicadas a los servicios de inteligencia no han parado de crecer por hechos de gran repercusión en todos los aspectos sociales como son los atentados del 11-S en Estados Unidos y 11-M en Madrid que obligaron al Gobierno a potenciar los recursos humanos y materiales del CNI. Además, como se adelantaba el CNI heredó de su antecesor, el CESID, una plantilla compuesta en su mayor parte por militares y miembros de la Policía y Guardia Civil. De hecho, los únicos civiles que podíamos encontrar eran los administrativos, los traductores o los conductores. En los años 90 se empezaron a producir cambios en su política de personal. En el 1995 se publicó un Estatuto del personal del CESID que fue un gran avance porque organizaba el ingreso, la formación así como la profesionalización de sus agentes regulando la forma de acceder a dicha institución.¹⁶² Aun así, todo esto estaba y está acompañado de endogamia para protegerse de infiltraciones de otros servicios de inteligencia extranjeros¹⁶³ y sus funciones no se detallan específicamente debido a que esto permitiría intuir cuáles son las necesidades y las misiones de ``la casa``.

Con esta realidad, nos encontramos, de nuevo ante un medio de investigación de carácter personal que incide en el libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos deviniendo necesario su estudio para que su utilización no resulte abusiva y desmesurada. El agente encubierto comparte con los agentes del CNI varios rasgos principales: la labor de infiltración y esa doble identidad que necesariamente tienen que adoptar ambas personas para poder investigar. Tiene una regulación administrativa al tratarse de los servicios de inteligencia públicos que operan en nuestro país, a pesar de ello, también se regula por normas de carácter interno que inciden en su régimen jurídico pero que, dado el carácter secreto de sus actuaciones no podemos acceder a las mismas.¹⁶⁴

¹⁶¹ Según MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A., ``Errores de inteligencia``, en *La inteligencia como disciplina científica*, Dirs. Velasco, F., Navarro, D., y Arcos, R., ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2010, pp. 91-108, son principalmente analistas, agentes operativos y traductores de lenguas islámicas.

¹⁶² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)`` en *Papeles del Psicólogo*, número 33, 2012, p.203.

¹⁶³ Como apoya MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)`` *op. cit...* p. 203 conclusión a la que nos sumamos.

¹⁶⁴ Conviene añadir que, además existen muy pocos pronunciamientos jurisprudenciales en los que el CNI haya sido el objeto del proceso, un ejemplo lo podemos encontrar en la STC 31/2014, de 24 de febrero;

Sobre su regulación, nos gustaría destacar especialmente algunos aspectos del estatuto del personal del CNI¹⁶⁵ pues su objetivo es establecer el régimen jurídico que será de aplicación al personal que, mediante una relación estatutaria, presta servicios profesionales en el CNI, cualquiera que sea su procedencia, en virtud del art.1 y lo destacamos y describimos porque creemos que debería de existir un estatuto público similar para los agentes encubiertos policías. Así, conviene destacar los aspectos más importantes, como:

En este estatuto se regulan cuáles son los derechos y deberes de los agentes, incluyendo la carrera profesional que pueden tener estos funcionarios dentro del CNI. En los deberes se incluye el secreto y reserva profesional, en su art.75.¹⁶⁶ En el estatuto también observamos que revelar información secreta constituye una falta muy grave y puede conllevar responsabilidad penal, trata específicamente sobre las faltas graves en su art. 95. El estatuto concreta un régimen disciplinario especificando las faltas en función de su gravedad así como las sanciones a las que se pueden enfrentar por su comisión. Se tiene en cuenta un expediente personal de los agentes, informes personales, el expediente académico y un expediente de aptitud psicofísica, en el capítulo II sobre el historial profesional. También, vemos que a los miembros del CNI se les somete a evaluaciones en el capítulo III. Además, se regula la enseñanza de los de los agentes del CNI en el título V, como se expondrá. Se especifica la regulación de su situación administrativa en la que se pueden encontrar a lo largo de su vida laboral dentro de ``la casa``: servicio activo, expectativa de destino, servicios especiales, excedencia, suspenso de funciones, reserva como podemos observar en su título VI. Además, se crea el Régimen disciplinario del personal del CNI para garantizar la observancia de las obligaciones impuestas en el presente Estatuto y en las normas de funcionamiento del CNI, así como salvaguardar la reserva y seguridad necesarias para el cumplimiento de los fines que tiene encomendados,

SAN 1423/2013, de 20 de marzo, también en algunas sentencias del TS como STS 2702/2009, de 27 de marzo. Sobre todo lo que encontramos son sentencias sobre agentes o exagentes del CNI que han traicionado la confianza del mismo como por ejemplo STS 7056/2010, de 10 de enero.

Aun así, el gobierno y los grupos parlamentarios pueden solicitar la comparecencia del director del CNI para someterlo a control.

¹⁶⁵ Real Decreto 240/2013, de 5 de abril.

¹⁶⁶ En el Art.75. Deber de secreto y reserva profesional. 1. El personal del CNI estará obligado a guardar el secreto profesional sobre las actividades del CNI, su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y sobre las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias. Además, establece que el incumplimiento de este deber, aun en el caso de haber perdido la condición de personal estatutario, dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal que determinen los órganos judiciales competentes, sin perjuicio de su consideración como infracción disciplinaria.

con independencia de la protección penal que corresponda. Regulando también el procedimiento disciplinario fijándose la forma en que se va a ejecutar y también el régimen de recursos que pueden utilizar los agentes, todo ello en su título IX.

La creación y promulgación de un estatuto en el que se regula el régimen jurídico de los agentes del CNI aporta seguridad a estos funcionarios así como a la sociedad en su conjunto, arrojando una claridad que la doctrina, así como los ciudadanos en general venían solicitando. Todos los ciudadanos aceptamos tácitamente estas investigaciones de carácter secreto para garantizar la seguridad de nuestro país, pero en un Estado garantista y transparente en el que se predica que nos encontramos hoy en día esta normativa era del todo necesaria, al menos para detallar aspectos que, como todos los funcionarios al servicio del Estado, tienen derecho a conocer.

Procedimiento de reclutamiento de agentes del CNI

Tras detallar a qué nos referimos cuando hablamos de agentes del CNI y haber resaltado algunos de los aspectos más relevantes de su régimen jurídico, conviene conocer el procedimiento que existe para poder ser agente del CNI, porque es muy distinto al configurado para ser un policía encubierto. La ley por la que se regula el CNI establece que constituye información clasificada, con grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los acuerdos internacionales todos los aspectos relacionados con su personal así como de los datos y las informaciones que puedan dar lugar a su conocimiento.¹⁶⁷ Por ello, conocer el sistema de reclutamiento del personal del CNI es una tarea complicada.

Debido a las actividades y misiones secretas que tendrán que desempeñar sus agentes no se realizan unas oposiciones al uso como ocurriría con cualesquiera otros funcionarios, aunque sí que es cierto que desde hace varios años, oferta trabajo en su web. El CNI busca que sus candidatos se ajusten a unas características predeterminadas, como ocurre en todos los puestos de trabajo, para desempeñar lo mejor posible sus funciones.

Así las cosas, existen unos requisitos de acceso para entrar en el CNI los generales que deben cumplir todas las personas que deseen postularse y otros específicos que dependen del puesto o misión que deberán desempeñar. Hemos de resaltar, dentro de la

¹⁶⁷ El art.11 Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia sobre el sistema selectivo dice que las candidaturas se guardarán como material clasificado por un periodo de tres años, en su apartado siete.

regulación de la adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario, título IV su estatuto, en el que se encuentran recogidos los requisitos generales para ser agente, que son: ser mayor de edad, ostentar la nacionalidad española y poseer la titulación exigida para el puesto al que se presenta y obtener el informe favorable de seguridad acorde a las características propias del puesto de trabajo que se vaya a ocupar, no haber sido separado mediante expediente de ninguna de las Administraciones Públicas, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, ni privado del ejercicio de derechos civiles. En cuanto a los conocimientos específicos tenemos: lenguas extranjeras, formación técnica especializada y una serie de cualidades profesionales específicas. Así como, poseer una adecuada capacidad analítica y razonamiento abstracto son requisitos necesarios para oficiales y técnicos de inteligencia.

En su web¹⁶⁸, en el apartado trabaja con nosotros, en su sección de perfiles determina que dentro de sus funcionarios existen especialidades, por lo que tenemos que diferenciar entre: los especialistas en idiomas¹⁶⁹, también tenemos especialistas en tecnologías de la información y comunicaciones¹⁷⁰, la especialidad operativa¹⁷¹, la especialidad de seguridad¹⁷².

Además, existen diversas fuentes de reclutamiento del CNI en primer lugar tenemos las Fuerzas Armadas debido a la gran tradición militar que tienen estos servicios, ya que a pesar de que en la actualidad ha descendido el número de militares, existen misiones en los que son necesarios. Los agentes de los cuerpos de seguridad del Estado también han formado parte tradicionalmente del CNI de forma que cuando termina su servicio para el mismo regresan a sus puestos anteriores. La Universidad que es una fuente potencial de reclutamiento. El CNI mantiene con el ámbito académico un fuerte vínculo, incluyendo la firma de convenios con distintas universidades españolas. Además de contactar con personas recomendadas por los propios miembros del CNI, lo que perpetúa su carácter

¹⁶⁸ <https://www.cni.es/trabaja-con-nosotros/trabaja-en-el-cni> consultada por última vez el 20 de diciembre de 2023.

¹⁶⁹ Encargados de traducir e interpretar las lenguas que son de interés informativo para el CNI. Nos encontramos con perfiles de los traductores e intérpretes tanto de idiomas más usuales como no tan habituales, de acuerdo a las personas u organizaciones que se estén investigando. Además, sus traductores deben de cuidar la corrección del español en los documentos que redacta el CNI, con el fin de que los informes transmitan de la manera más clara posible el resultado de sus análisis.

¹⁷⁰ Tienen la responsabilidad de garantizar la seguridad de los sistemas y de ofrecer los servicios de tecnologías de la información y comunicaciones.

¹⁷¹ Para obtener información a través de actividades que requieran medios, procedimientos o técnicas de carácter operativo.

¹⁷² Efectivamente, el CNI también cuenta con unos servicios de seguridad propios para garantizar su seguridad y proteger sus instalaciones, sus empleados, los materiales y la información del propio centro.

endogámico. También tenemos la solicitud de currícula a asociaciones y colegios profesionales para la búsqueda de candidatos para puestos específicos, como médicos o psicólogos. Por último, la persona que lo desee puede subir su CV a la web del CNI ya sea porque el ministerio de defensa anuncie la oferta, o porque se quiere postular y que lo tengan en cuenta para cualquier misión, se envía la candidatura de manera espontánea a esta dirección web: <https://www.cni.es/trabaja-con-nosotros/trabaja-en-el-cni>.¹⁷³

El CNI cuenta con procesos de selección específicos¹⁷⁴ donde las pruebas o fases que se deben de pasar son distintas en cada uno de ellos normalmente duran entre seis y doce meses y son eliminatorias: en la primera entrevista o encuentro se les aporta información sobre el régimen de ingreso en el Centro, las características del puesto que debería desempeñar y los requisitos de disponibilidad geográfica y funcional exigidos y en ese momento se les da la oportunidad de abandonar el proceso de selección si no les interesa lo expuesto. Los aspirantes pueden ser sometidos a pruebas culturales, de aptitudes e inteligencia general, cuestionarios de personalidad diversos, incluso redactar actividades realizadas durante la última semana, lo que permite valorar su capacidad de síntesis y expresión y proporciona cuantioso material para un posible análisis grafológico, dinámicas de grupos, pruebas técnicas de conocimientos, aplicación de herramientas y programas informáticos específicos, pruebas nemotécnicas y de retención visual, elaboración de síntesis de material escrito y pruebas orales y escritas de idiomas. Además, también se les someten a simulaciones de problemas para ver cómo actuarían, algo que es totalmente decisivo ej. Entrar en un domicilio con alguna excusa o vigilar a alguien evitando ser descubierto.

A todo esto debemos añadir que las personas que se estén postulando no le pueden contar a nadie, exceptuando su cónyuge o familiares más cercanos, que se están sometiendo a un proceso de selección de personal del CNI, y deben firmar un documento

¹⁷³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)'' *op. cit...* p. 204. Esto es muy importante tenerlo en cuenta ya que a nuestro parecer la procedencia del candidato incide en su adaptación y en su rendimiento aunque el CNI trata de seleccionar a personas que considera que van a encajar o con la suficiente capacidad de adaptación y de aprendizaje así como de resistencia psicológica, sobre todo de cara a las posibles presiones a las que pueden llegar a estar sometidos.

¹⁷⁴ El CNI realiza una estimación de sus necesidades de personal y elabora una relación de puestos que necesite cubrir basándose en sus objetivos, en dicha relación se establecen el grupo, nivel y complementos correspondientes a cada puesto y buscan los candidatos en la ``Base de datos de fuentes de reclutamiento'' de que dispone el Departamento de Recursos Humanos del CNI. Se contacta con ellos por teléfono y se les dice que han sido elegidos para participar en un proceso selectivo para cubrir determinada plaza del Ministerio de Defensa y se les cita para iniciar el proceso selectivo, en la misma sede del CNI o en alguna propiedad de éste, según MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)'' *op. cit...* p. 207.

en el que se comprometa a no revelar el contenido del proceso selectivo y un cuestionario muy extenso y detallado sobre su vida personal, laboral y familiar, exigiéndosele además que aporte documentación justificativa de su situación económica y patrimonial.¹⁷⁵

En definitiva, a la luz de MARTÍNEZ SÁNCHEZ¹⁷⁶ los procesos de selección del CNI son dinámicos por lo que han conseguido adaptarse a los acontecimientos históricos y a las nuevas amenazas del siglo XXI, esto es importante porque en los últimos años con el incremento de la delincuencia organizada y el terrorismo transnacional el CNI ha tenido que aumentar su personal. Cobrando en todo esto una importancia capital internet para el reclutamiento de sus agentes. El CNI prevé la enseñanza de sus agentes.¹⁷⁷ Incluso establece que el CNI contará con una escuela de formación, en el art.35 del Estatuto. También establece una enseñanza general de inteligencia, en el art.36 del Estatuto. Su finalidad es proporcionar los conocimientos necesarios para el desarrollo de funciones de inteligencia correspondientes a su especialidad funcional, según los subgrupos y grupos de clasificación del CNI. Incluso se prevé una enseñanza especializada complementaria a la enseñanza general de inteligencia. También se prevé la realización de cursos para su aceptación en el destino. Sobre ello, debemos decir que la policía también cuenta con unidades especializadas en las operaciones encubiertas cuyos agentes han recibido una formación especial proporcionada por la propia policía para enseñarles todos los conocimientos necesarios para que lleven a cabo sus actuaciones con éxito y seguridad.

C) Agentes del CNI y agentes encubiertos

El agente encubierto no es agente del CNI. Los servicios de inteligencia del Estado actúan sin necesidad de que exista un proceso penal pendiente, en cambio el agente encubierto tradicional objeto de esta tesis, sí que necesita tal pendencia para que sus actuaciones resulten autorizadas y por tanto legítimas¹⁷⁸. Además, la administración de la

¹⁷⁵ Llegando a preguntar contenidos tan íntimos como los relativos a su ideología política y religiosa e incluso su vida sexual, esto es debido a que se les exige guardar la más estricta neutralidad política y sindical, acomodando sus actuaciones y su conducta, en lo referente a la prestación del servicio, al superior interés nacional, obrando por encima de criterios e intereses propugnados por grupos sociales, políticos, económicos o religiosos, como podemos observar en el capítulo V de su estatuto.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)'' *op. cit...* p. 209.

¹⁷⁷ Como podemos observar en el título V de su estatuto dedicado por entero a la enseñanza.

¹⁷⁸ O al menos que la *notitia criminis* haya llegado al Ministerio Fiscal y éste haya autorizado la utilización de un agente encubierto dando cuenta inmediata al Juez, art. 282 BIS apartado 1 LECrim.

que tienen una vinculación orgánica es distinta. Los agentes del CNI dependen¹⁷⁹ del Ministerio de Defensa, sin embargo los agentes encubiertos al pertenecer a la policía judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y del Poder Judicial funcionalmente.¹⁸⁰

El objetivo que persigue el agente encubierto es distinto al que tiene el agente del CNI, el fin que persigue el agente encubierto tradicional es conseguir obtener los suficientes elementos de convicción, pruebas como para poder enervar la presunción de inocencia, sin embargo, el agente del CNI realiza investigaciones para conocer todos los detalles de la organización criminal, no busca pruebas que aportar a un proceso abierto aunque sí que puede encontrarlas, su objetivo no es el mismo del agente encubierto porque realmente busca información sobre toda la actividad criminal, sobre el entramado, la forma de organización etc... en cambio el agente encubierto, también se encuentra interesado en todos estos datos, pero su fin último es tratar de recabar los máximos indicios, certezas y en definitiva pruebas incriminatorias que permitan no solamente nutrir la instrucción penal sino, llegado el momento, punir los delitos que se estuvieren investigando, en definitiva conseguir castigar a sus responsables.¹⁸¹

Pero es cierto que los agentes del CNI, al igual que ocurre con los miembros de la policía judicial que deciden actuar como agentes encubiertos, también protagonizan actividades de infiltración¹⁸², aunque para obtener información en general y crear inteligencia y no pruebas específicamente. Por lo que el CNI también se dedica a infiltrar a personas en organizaciones criminales y en otros entornos para obtener información sobre ellos, de esta forma sus agentes también adquieren otra identidad supuesta contando con los permisos y autorizaciones administrativas para que sus actividades tengan la debida apariencia de buen derecho así como para que se encuentren legitimadas a nivel administrativo. Su identidad supuesta no es suministrada por el Ministerio del Interior como ocurre con el agente encubierto sino por el Ministerio de Defensa, además la

¹⁷⁹ Hasta el año 2011 dependían orgánicamente del Ministerio de Defensa, a partir del 2012 pasaron a depender del Ministerio de la Presidencia, pero en el 2018 con el gobierno socialista de nuevo pasaron a depender del Ministerio de Defensa del que dependen en la actualidad en virtud del art. 7 apartado primero de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

¹⁸⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p.28.

¹⁸¹ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 39.

¹⁸² Tal y como se extrae del art. 5.3 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia que dice textualmente ``El Centro Nacional de Inteligencia podrá disponer y usar de medios y actividades bajo cobertura, pudiendo recabar de las autoridades legalmente encargadas de su expedición las identidades, matrículas y permisos reservados que resulten precisos y adecuados a las necesidades de sus misiones.``

LECrim no prevé una exención de responsabilidad penal para los delitos que cometan los agentes del CNI como sí que ocurre con los agentes encubiertos.¹⁸³

En este marco de actuación, como también establece ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS¹⁸⁴ los agentes del CNI no se encuentran amparados por el art.282 BIS de la LECrim, no tienen que ser funcionarios policías y no tienen las mismas funciones que los agentes encubiertos. Tampoco necesitan autorización del Juez o del Fiscal que sí que es obligatoria para la infiltración del agente encubierto tradicional. Además, su infiltración no está supeditada a una duración de como máximo seis meses prorrogables como ocurre con el agente encubierto tradicional previsto en el art. 282 BIS de la LECrim. Pero, cuando los agentes del CNI durante su infiltración vayan a afectar a alguno de los derechos y libertades fundamentales previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 18 de la CE deben recabar autorización judicial previa. Este control está previsto en el art. 12 de la ley 11/2002 y en la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.¹⁸⁵ Cuando cuenten con dicha autorización judicial y su actividad sea proporcionada no incurrirían en responsabilidad penal que dimanase de los ilícitos que hayan cometido durante sus operaciones. Dichos agentes además deben de formarse en aspectos específicos de la criminología, la psicología, el derecho penal y procesal para no incurrir en una provocación delictiva, es decir, para saber actuar correctamente intentando disminuir las lesiones de los derechos de los investigados.

Las investigaciones encubiertas que protagonizan los agentes del CNI tienen como fin último obtener todo tipo de información para su posterior análisis y conversión en inteligencia, para proteger al Estado de los posibles peligros que existan como bien podemos observar en la SAN 78/2019, de 11 de diciembre que dice expresamente que las operaciones encubiertas del CNI *“no van dirigidas a su incorporación a proceso judicial*

¹⁸³ A la luz del apartado quinto del art. 282 BIS LECrim.

¹⁸⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”. *Publicaciones del portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, p.13.

¹⁸⁵ En la Disposición Adicional Única de la LO 2/2002 por la que se modifica la LOPJ se establece la forma en que se debe nombrar al Magistrado del Tribunal Supremo encargado de realizar la autorización previa para la realización de determinadas actividades del CNI. La LO 2/2002 también determina que *“El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del CNI que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la Constitución se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre los Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría”* añadiendo un nuevo artículo, el 342 BIS, a la LOPJ.

alguno,`` sino que son ``realizadas para cumplir las finalidades que la Constitución le otorga, atendiendo a la seguridad nacional,...``.

Todo lo hasta aquí referido no obsta, como mantiene LAFONT NICUESA¹⁸⁶ para que la coordinación entre los agentes del CNI infiltrados y los policías judiciales que son agentes encubiertos no sea algo necesario. Es muy importante la cooperación de los miembros del CNI con la policía judicial, no solamente a nivel nacional sino a nivel internacional, dado el perfil transnacional que tiene la delincuencia organizada, así lo mejor para España, y para todos los Estados, es la cooperación internacional de las operaciones encubiertas.¹⁸⁷

Procedimiento de selección del agente encubierto

El proceso de selección del agente encubierto tradicional de esta tesis es muy distinto al que en la actualidad se sigue para elegir al agente del CNI, que vaya a realizar la operación, como se ha expuesto. En el caso del agente encubierto normalmente la policía judicial que se está encargando de ejecutar las diligencias de investigación son los que solicitan la autorización de la actividad encubierta para desarrollar una infiltración más prolongada en el tiempo y con todas las garantías propias de las actividades encubiertas. Aunque sí que es cierto que la evaluación psicológica y de la personalidad también se lleva a cabo con los agentes policiales y es muy importante para identificar los rasgos de la personalidad que inspiran confianza en estos casos: equilibrio emocional, honestidad, lealtad así como la integridad deben demostrarlas los policías para poder actuar encubiertos, cuestión en la que coincidimos porque de esta forma se da una garantía más al Estado y a los investigados de que estos agentes van a actuar de la forma más justa posible.¹⁸⁸

Al igual que ocurre con los agentes del CNI en muchas ocasiones los policías agentes encubiertos pueden no pertenecer a la unidad de agentes encubiertos, pueden no

¹⁸⁶ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto, op. cit...* p. 48.

¹⁸⁷ Máxime cuando uno de los principios que rigen la actuación del CNI es la colaboración y cooperación con los servicios de inteligencia de otros países así como la permanente adaptación al contexto internacional y a la aparición de nuevos riesgos y amenazas, según SAIZ, A., ``¿Hacia dónde van los servicios de inteligencia? Cambios realizados en la lucha antiterrorista tras el 11-S y el 11-M.`` *Seminario sobre "Periodismo de investigación y Servicios de Inteligencia tras el 11-M"*. Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 21 de julio, 2008.

¹⁸⁸ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto, op. cit...* p.66

ser especialistas¹⁸⁹ tal es el caso de los policías que tengan muchos conocimientos sobre el campo que se está investigando y/o encajen muy bien en el perfil que se busca para poder actuar en la investigación, de esta forma los abogados no pueden esgrimir como argumento de defensa de los imputados que los agentes que se infiltraron no pertenecían a la unidad de agentes encubiertos y/o no eran especialistas.

Por otro lado, la formación interna que sí que prevé el estatuto del CNI y que hoy en día aún no se conoce públicamente para los agentes encubiertos, es crucial y debe estar reglamentada o al menos, prevista de forma pública. Es algo que, se solicita desde hace bastante tiempo, tanto por la doctrina como por los propios policías¹⁹⁰. También consideramos esencial, que se ofreciese una formación especial para los Jueces, Fiscales y Letrados de la Administración de justicia (en adelante, LAJ) en operaciones encubiertas porque, desgraciadamente cada vez se utiliza más este método de investigación que aunque excepcional, es necesario dado el altísimo incremento de la delincuencia organizada en los últimos años.

D) Conclusiones

-Al igual que es muy complicado encontrar las instrucciones para el adiestramiento de los agentes que van a infiltrarse en una organización criminal, tampoco es pública la información sobre las formaciones recibidas por el personal al servicio del CNI.

-Cuando los agentes del CNI realizan labores de infiltración siguen afectando y limitando los derechos de los investigados de forma justificada y legal, de ahí la importancia de la autorización judicial, para evitar vulnerarlos, evitar peligros y delitos muy graves, sirviendo de prevención. Por evitar un mal mayor que afecte a muchos se sacrifican derechos fundamentales de los investigados, estamos ante tensiones de fuerzas jurídicas muy semejantes a las que acaecen con la actuación de los agentes encubiertos.

-El estatuto del CNI ofrece una regulación y por lo tanto aporta seguridad a los funcionarios que trabajan en estos servicios hoy en día muy necesarios para nuestro Estado, por estar presentes en muchos campos, por supuesto el de la delincuencia

¹⁸⁹ Aunque siempre realizará el desarrollo de la actividad encubierta bajo las órdenes y la coordinación de la Unidad de Agentes encubiertos de la policía.

¹⁹⁰ Nosotros consideramos que los policías encubiertos deberían contar con una formación jurídica obligatoria para evitar que provoquen el delito y también un entrenamiento psicológico para que puedan soportar las presiones a las que podrán llegar a estar sometidos.

organizada y el resto de delitos en los que podría intervenir el agente encubierto que estudiamos en este trabajo.

-La forma en que están regulados y organizados estos agentes puede servir de referencia en la positivización de las actuaciones que protagonizan los miembros de la policía judicial actuando como agentes encubiertos. Así, en la elaboración de un estatuto para los agentes encubiertos podemos tener muy en consideración el estatuto del CNI porque, en puridad, regula las actividades secretas de funcionarios del Estado sin llegar a revelar aquellas informaciones que necesariamente deben seguir siendo secretas para poder llevar a cabo las actuaciones y que sean menos peligrosas a la par que fructíferas.

2.2.4. Los whistleblowers o informantes

A) Marco normativo y concepto

Ante el gran problema de la corrupción, que asola nuestra sociedad de manera transversal, se han ido produciendo fórmulas, herramientas, figuras, instituciones y órganos para combatirla unido a potenciar la colaboración ciudadana con la justicia y a ofrecer una educación que promueva la honestidad y ética. Con todo esto, se pretende favorecer que se denuncien las irregularidades porque aún hoy en día cuando se decide revelar una situación irregular la persona siente dudas e incluso miedo. Quien desea traer a la palestra las irregularidades que haya percibido se debe armar de valentía para hacerlo pues la legislación actual no prevé una batería de cautelas efectivas para evitar que sienta el repudio de sus compañeros que le verán a partir de ese momento como ``el chivato``, el ``topo``, el ``soplón``, el ``traidor`` y tantos otros despectivos para nombrar a una persona que en puridad, es justa¹⁹¹. No denunciar la corrupción y mirar hacia otro lado es una cuestión social muy arraigada no solamente en España¹⁹², así como en nuestros países vecinos.

De esta forma, en una sociedad donde podemos encontrar corrupción en cualquier foro, porque es un problema estructural, nuestro legislador europeo pensando siempre en

¹⁹¹ Autores como PÉREZ MONGUIÓ, J.M., ``Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*``, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 115, 2019, p.353 determinan que, sin lugar a dudas, se debe incentivar que se denuncie la corrupción y articular medios para proteger al denunciante. El autor, dice que con la actual protección que se les da a estas personas hoy en día denunciar es una ``acción de coraje`` con consecuencias siempre negativas para el denunciante.

¹⁹² Como podemos apreciar incluso en los titulares de prensa ANTONIO GÓMEZ, J., ``Europa protege a los denunciantes de corrupción mientras España los machaca`` en *El Diario 16*, publicado el 26 de noviembre de 2018.

la unificación de garantías y normas en los países que conforman la Unión, decide crear la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la UE¹⁹³. La cual establece que solamente se tiene que aplicar en caso de incumplimiento de la legislación europea¹⁹⁴.

El periodo de transposición de la Directiva finalizó el 17 de diciembre de 2021 y se realizó una consulta pública por el Ministerio de Justicia el 7 de enero de 2021¹⁹⁵. El texto de la consulta pública no tenía valor jurídico pero sí que fue importante porque se planteaban cuestiones capitales como: si debe ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia del Derecho nacional más allá de la normativa con origen en el Derecho europeo, cosa que como expondremos sí que ha ocurrido. La consulta también preguntaba abiertamente sobre la idoneidad de crear una autoridad administrativa independiente encargada de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que se presenten por canales externos o si sería mejor atribuir esta función a una autoridad que ya exista. También preguntaba sobre las sanciones que se deberían de imponer así como sobre los premios o recompensas.¹⁹⁶

¹⁹³ Esta es la Directiva que regula la el Whistleblower objeto de estudio de este apartado, figura importada del Common Law, conocida y utilizada en el Reino Unido y en EEUU y que el legislador europeo pretende importar e implementar en todos los países de la Unión Europea introduciéndola gracias a esta norma. De hecho *whistle* significa silbar y *blower* soplador, este término se asocia a los policías británicos que utilizaban un silbato cuando tenían que alertar de la comisión de un delito.

¹⁹⁴ En alguno de los siguientes ámbitos: i) contratación pública; ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; iii) seguridad de los productos y conformidad; iv) seguridad del transporte; v) protección del medio ambiente; vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; viii) salud pública; ix) protección de los consumidores; x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información. También, cuando las infracciones afecten a los intereses financieros de la Unión y cuando se refieran a normas relativas al mercado interior.

Se debe aplicar a todos los trabajadores de la organización, incluso, como especifica la directiva: accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, los voluntarios, los trabajadores en prácticas, así como las personas que todavía no hayan comenzado su relación laboral cuando las infracciones se refieran al proceso de selección o de negociación precontractual.

¹⁹⁵ Especificar que el art.25.1 la Directiva establece que los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes lo que motivaría que la LOPTP española siga vigente tras su transposición.

Mucho más profundo, sobre el proceso de transposición de la Directiva CARO CATALÁN, J., “La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español.” en *Revista de Direito Processual Penal*, número 3, 2021, pp. 2177 y ss.

¹⁹⁶ Y ello, con el fin de conocer la opinión de la sociedad sobre qué sanciones se deberían imponer cuando no se cumpliera con la Directiva porque era una cuestión que tenían que fijar los Estados ya que la Directiva solamente determina que las sanciones deberán ser efectivas, disuasorias y proporcionadas.

En la consulta también se preguntaba sobre los premios o recompensas porque la Directiva no se pronuncia sobre los mismos y existen muchos autores que consideran que las denuncias se incrementarían exponencialmente si con el dinero recuperado se premiase al delator como ocurre en EEUU y UK en esta l

Expuesto lo cual, toda la literatura consultada con anterioridad a la trasposición de la Directiva a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción coincidía en que, la protección que se brindaba a las personas que decidían denunciar no era homogénea, suficiente y ni mucho menos efectiva. De hecho, era distinta en cada Estado dependiendo de la materia de que se tratase.¹⁹⁷

Con respecto a la situación previa a la transposición de la Directiva en España, la primera vez que observamos cierta regulación de vías de denuncia en las organizaciones, administraciones públicas o sociedades fue al entrar vigor la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español.¹⁹⁸

Con la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que incorporó ya de forma expresa los canales de denuncia. Concretamente, en el art. 31.5 BIS CP que establece los modelos de organización y gestión que deberán imponer *“la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”*, y el art. 31.1. b) BIS que incorpora el deber de *“supervisión, vigilancia y control”* sobre la labor de los subordinados.

Tras esta modificación legislativa, la Fiscalía General de Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, determinó que *“la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos*

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C., *“¿Proteger o premiar al whistleblower?: Un debate pendiente en España”*, en *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*. Coord. González García, N., Carrizo González-Castell, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.431-448, otros autores como CARO CATALÁN, J., *“La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español” op. cit...*, p. 2188, determinan que premiar económicamente actuar conforme a derecho podría traer consecuencias negativas, opinión a la que nos sumamos y añadimos que esas consecuencias negativas se podrían materializar en más denuncias falsas.

¹⁹⁷ Sobre ello, mucho más profundo GARRÓS FONT, I., ROMERA SANTIAGO, N., *“Hacia una protección efectiva de los denunciantes”* en *Actualidad Administrativa*, número 7-8, Madrid, 2020, pp. 50 y ss.

¹⁹⁸ Ya en su exposición de motivos establece que dicha norma fija taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que se encuentra *“el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”* y posteriormente en el art. 31 BIS apartado cuarto letra d) fija como una de las causas de atenuación *“Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”* creemos que pensando en estos canales o vías.

clave de los modelos de prevención. Para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos)’’¹⁹⁹

Por otro lado, también tenemos que hacer referencia al art. 24 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que hace referencia a este asunto cuando habla de un régimen específico para el tratamiento de los datos personales obtenidos a través de los *‘‘sistemas de información de denuncias internas’’*.

Por último, también podríamos señalar la proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes²⁰⁰ que perseguía reconocer los derechos que tienen los denunciantes dentro de las administraciones públicas creando un marco de protección y garantías sobre su tutela así como crear una autoridad pública que garantice la buena actuación en el sector público, para luchar contra la corrupción²⁰¹, además también define lo que debemos entender como denunciante²⁰², la proposición dice que se consideran denunciantes los altos cargos, los funcionarios así como a los distintos trabajadores de la administración pública que pongan de manifiesto información con *‘‘apariencia suficiente de veracidad’’* sobre hechos que constituyan delitos o infracciones administrativas perpetrados contra la Administración o Hacienda públicas. Además, esta proposición de Ley establece un procedimiento de denuncia y de protección²⁰³ y crea una autoridad independiente de las administraciones públicas, un ente de derecho público con personalidad propia, plena capacidad e independencia cuyas funciones principalmente son supervisar y proteger, tramitar las denuncias y adoptar las medidas para proteger a los denunciantes,²⁰⁴ sin embargo, dichas iniciativas legislativas finalmente no prosperaron, no se convirtieron en ley.

¹⁹⁹ Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

²⁰⁰ Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, 20 de septiembre de 2016. Y posteriormente, en el 2019 el Grupo Parlamentario VOX también presenta otra Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción, regulando también las mismas cuestiones.

²⁰¹ Art.1 sobre su objeto.

²⁰² En su art.3 sobre la consideración como denunciante.

²⁰³ En su art. 5.

²⁰⁴ A la luz de sus arts. 6, 9 y la Disposición adicional primera.

Además, hemos de destacar que en España, algunas CCAA sí ofrecían con anterioridad a la promulgación de la Ley 2/2023 de 20 de febrero una regulación de los canales internos de denuncia, estas vías de denuncia internas de las que hablamos, tan necesarias para poner de relieve las supuestas irregularidades que pudieran acontecer. En Andalucía, tenemos la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Que ha creado una Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y ha regulado un procedimiento a seguir en ésta para investigar los supuestos fraudes, tramas de corrupción, conflictos de intereses y otras actividades ilegales de este tipo.

Además, en Cataluña existe la Oficina Antifraude que posee su sistema de whistleblowing, también en Cataluña, Valencia así como en el Principado de Asturias tenemos una Sindicatura de Cuentas que permite iniciar procedimientos a raíz de las denuncias recibidas²⁰⁵.

En todo este panorama normativo, tiene un lugar central, como no podía ser de otra manera, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción con el objetivo de efectivamente, tal y como dice su exposición de motivos *“proteger a los ciudadanos que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación profesional.”* y también establecer las normas mínimas de los canales de información.

Expuestos los antecedentes legislativos y regulación actual que existe sobre esta figura pasemos ahora a su **conceptualización**, a nuestro parecer, el Whistleblower puede

²⁰⁵ En Cataluña tenemos la Proposició de llei de protecció integral dels alertadors en l'àmbit competencial de la Generalitat, en Valencia Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. En Asturias tenemos la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. En Aragón tenemos la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, en Castilla y León la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. En las Islas Baleares la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en Murcia tenemos la Proposición de Ley de Gobierno Abierto y Lucha contra la corrupción de la Región de Murcia.

ser instrumento procesal de carácter personal mediante el cual se pone de manifiesto una irregularidad o varias que se han observado ya sea en el ámbito público o en el privado, este término se suele traducir como denunciante o alertador²⁰⁶, esta figura demandaba de una regulación y debía de existir algún tipo de autoridad que velase por la protección de los denunciantes y la eficacia del sistema.

Pues bien, en primer lugar, veamos la definición que algunos autores le han dado a una figura que ni siquiera podemos encontrar actualmente en la RAE. Para MARTÍNEZ MOYA²⁰⁷ el Whistleblower es un personaje invisible, un denunciante de irregularidades, alertador o informante. Autores como MARTÍNEZ SALDAÑA, ABRIL MARTÍNEZ, RODRÍGUEZ CELADA Y REYES RICO²⁰⁸ definen el Whistleblower como el sujeto que denuncia, un medio de apoyo al cumplimiento de la normativa de la UE y de la defensa de los valores y principios democráticos y el whistleblowing que determinan que es *“un medio, un canal o sistema de información de denuncias para revelar y hacer llegar esa información relevante sobre potenciales incumplimientos que una persona física conoce en el marco de sus actividades laborales o contexto laboral”*.

Los orígenes de esta figura quizá estén en el 1970 en EEUU cuando un activista y abogado estadounidense llamado Ralph Nader define el whistleblowing como *“el acto de un hombre o una mujer que, creyendo que el interés público es superior al interés de la organización a la que sirve, toca el silbato que alerta de que la organización está realizando actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o perjudiciales.”* En EEUU en los años 70 habían sucedido la guerra de Vietnam y el Watergate existiendo un clima de corrupción y de gran ausencia de compromiso social por lo público, en la sociedad en general, lo que inexorablemente tuvo repercusión sobre las empresas privadas.²⁰⁹

²⁰⁶ Porque con anterioridad a la promulgación de la Ley 2/2023 de 20 de febrero no existía una traducción al castellano aceptada por toda la doctrina, pero lo cierto es que se generalizó el uso de “denunciante” para referirse a la misma. Esto también ocurre en el derecho italiano, sobre ello, más profundamente MASIERO, F.A., “La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante” en *Archivio Penale*, número 3, 2020 y ALBERTI, V.V., *Pane sporco, Combattere la corruzione e la mafia con la cultura*, Milano, ed. Rizzoli, 2018.

²⁰⁷ MARTÍNEZ MOYA, J., “Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el whistleblowing. El fin de la ley del silencio.” en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2020, 2020, p. 9.

²⁰⁸ MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L.I., “La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 53, 2019, p. 3-4.

²⁰⁹ MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L.I., “La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *op. cit...* p. 26.

En definitiva, los distintos autores coinciden en que el whistleblower es una persona que revela una situación de negligencia en una organización ya sea pública o privada y concretamente la Directiva (UE) 2019/1937 sobre el Whistleblower en el apartado quinto de su séptimo artículo lo define como el denunciante *“reporting person”*, es decir aquella persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de sus actividades laborales. Hemos de apuntar también lo que dice el primer considerando de dicha directiva²¹⁰ por el cual, se trata de la persona que da la voz de alarma y que tienen un papel clave para descubrir y prevenir las infracciones legales y proteger el bienestar de la sociedad.

Finalmente, el legislador español establece en la exposición de motivos de la Ley 2/2023 por la que se traspone la directiva, que en España se ha optado por la denominación *“informante”* y el art. 3 de la Ley 2/2023 de 20 de febrero también establece el mismo ámbito de aplicación personal que la Directiva en su art. 4, pero nuestra Ley ofrece más especificaciones aun siendo las mismas personas, creemos que para aportar más claridad jurídica.

B) Características

Para hablar de sus características, indudablemente tenemos que clavar la mirada sobre la Directiva (UE) 2019/1937 que regula esta figura y en la Ley 2/2023 de 20 de febrero que ha promulgado España para cumplir con las exigencias de la UE:

Así, una vez expuesto el contexto en el que tiene lugar la producción de la misma y el concepto de whistleblower *supra*, es necesario determinar que la Directiva fija como objetivo²¹¹ proteger a las personas que informen sobre las infracciones del derecho de la UE, dotar de seguridad a los alertadores ante las posibles represalias. Y para ello, en la misma establece un conjunto heterogéneo de medidas de diversa naturaleza, que son:

²¹⁰ También, conviene añadir que esta Directiva nace acompañada de un resumen llamado *“Whistleblower protection. Fact sheet”* creado por la Comisión Europea en 2018 que define el whistleblower como: *“Personas que, cuando se topan, en el contexto de su trabajo, con delitos que pueden perjudicar el interés público, por ejemplo, daños al medio ambiente, a la salud pública, a la seguridad de los consumidores y a las finanzas públicas de la UE, los revelan (y no los silencian)”* así como la definición que aporta el *“Frequently Asked Questions: Whistleblower protection (‘FAQ’)”* también elaborado por la Comisión Europea en el 2018 que acompaña a la Propuesta de Directiva por el cual los whistleblowers son *“aquellos que denuncian o revelan información sobre violaciones del Derecho de la Unión de la que han tenido conocimiento en sus actividades laborales.”*

²¹¹ Como podemos observar desde sus considerandos, como en los considerandos 43, 100, 108, entre otros.

Los canales internos de denuncia

La primera medida es la obligación de **instaurar canales internos de denuncia** en el seno de las ``entidades jurídicas`` públicas y privadas.²¹² Además, tenemos que según PUYOL²¹³ un canal de denuncias interno se trata de una vía de comunicación directa establecida en el seno de una organización para que los empleados, clientes o proveedores puedan acudir a él para denunciar las infracciones tanto de normas internas como de otras regulaciones que rigen las actividades de las empresas donde el receptor de la información es la corporación o, más bien, los responsables designados para ello. La directiva dice expresamente que los canales internos de denuncias tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros.

Sobre los canales internos de denuncia es importante destacar que el Anteproyecto de LECrim del 2020 sí que se pronuncia sobre los canales internos de denuncia diciendo que se contempla ``*la posibilidad de que la denuncia derivada de la actuación, en el seno de una entidad pública o privada, de un alertador... pueda ser directamente presentada ante la autoridad penal competente por el responsable del canal de denuncia, no revelándose la identidad de la persona que dio la alerta interna salvo que se realice un requerimiento expreso al efecto*``. Ello, lo podemos observar en el art. 528.6 que, autoriza al responsable del canal de denuncias a comunicar a las autoridades la *notitia criminis* sin revelar la identidad del alertador, a menos que sea requerida. Del texto del anteproyecto se desprende que los canales de denuncias serán confidenciales²¹⁴, pero no anónimos.

La Ley 2/2023 por la que se traspone la Directiva al ordenamiento jurídico español se regulan los canales internos de denuncia, desde su exposición de motivos y finalmente también dedica tres disposiciones transitorias para regularlos así como para adaptar los que ya existen. Dicha ley le dedica el art. 7 exclusivamente a los canales internos obligando a las empresas a tener un sistema interno de información, un canal interno de denuncia para comunicar las acciones u omisiones ilícitas ya sean penales o administrativas tanto de derecho español como de derecho de la UE. Dichos canales internos tienen que reunir unos requisitos que prevé la propia Ley 2/2023 de 20 de febrero. En primer lugar, que los informantes puedan exponer a través de los mismos las

²¹² Así se establece en su art.8 de la Directiva.

²¹³ PUYOL MONTERO, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance "whistleblowing"* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 9.

²¹⁴ De hecho en la Directiva (UE) 2019/1937 del Whistleblower en el art. 16 se fija el deber de confidencialidad.

infracciones incluidas en la norma, que esté gestionado de manera que se mantenga su confidencialidad así como de terceros, que las denuncias se puedan hacer de manera oral o bien escrita, que se integren dentro de la entidad, que se cree un responsable de este sistema, crear y publicitar una política o estrategia donde se establezcan los principios generales, que se establezca un procedimiento de gestión de las informaciones que se reciban así como que se establezcan las garantías de protección del informante, a la luz del art. 5.2.

El canal interno de información debe de gestionarse internamente por una persona o departamento designados al efecto o podrán ser proporcionados externamente por un tercero un responsable para el mismo que, según el art. 8 de la Directiva, puede ser un alto directivo o bien un órgano colegiado. Esto también podemos observarlo en el art. 8 de la Ley 2/2023 de 20 de febrero también prevé que sea un órgano unipersonal o bien colegiado. Autores como DE LA TORRE GARCÍA determinan que es una práctica habitual que se unifique en el órgano de Complice Penal para conseguir crear un espíritu o cultura de cumplimiento normativo en la sociedad para que finalmente se consiga incluso prevenir que la persona jurídica incurra en ilícitos. Este autor añade que el canal interno de información también puede formar parte un sistema de gestión de *Compliance Laboral*.²¹⁵

Debemos de indicar que los sujetos obligados a disponer de un sistema interno de información son las sociedades que cuenten con 50 o más trabajadores. También los partidos políticos, sindicatos, agrupaciones empresariales y fundaciones que reciban fondos públicos sin que sea necesario que alcancen las 50 personas, en virtud del art. 10 de la Ley 2/2023 de 20 de febrero. Debe haber un responsable del sistema interno, una persona física que es nombrada por el órgano de administración o gobierno. Sobre los canales internos nos gustaría exponer cómo dispone nuestra ley que deben de organizarse, de esta forma es necesario nombrar un responsable del sistema de información interna (como expusimos: un alto directivo o bien un órgano colegiado) a la luz del art. 8. En el canal interno se pueden transmitir las informaciones por escrito o bien verbalmente, de las dos formas e incluso de forma presencial en una reunión en un plazo máximo de una

²¹⁵ DE LA TORRE GARCÍA, C., ``20 cuestiones prácticas sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción'' en *Capital Humano*, número 384, 2023, p. 3.

semana. Si se decide transmitir la información de manera oral entonces se tienen que grabar o bien transcribir de manera completa, en virtud del art. 7 de la Ley 2/2023 de 20 de febrero.

En los casos de grupos de empresas según la Ley 2/2023 de 20 de febrero, la sociedad que tiene la obligación de crear el canal interno será la dominante que deberá aprobar la política general tanto del sistema del canal interno de información como la defensa del informante, los principios que se creen deberán aplicarse al resto filiales. Todas las sociedades que compongan el grupo pueden tener un mismo responsable del sistema interno de información que también podrá ser único integrando todas las obligaciones de las sociedades filiales.

Aquí nos gustaría resaltar que la Ley 2/2023 de 20 de febrero determina que los municipios de menos de 10000 habitantes se encuentran también obligados a crear e implantar el canal interno de denuncias permitiéndoles su gestión indirecta cuando acrediten no tener suficientes medios propios, art. 13 de la Ley 2/2023 de 20 de febrero, luego nuestra ley mantiene la obligatoriedad a diferencia de la Directiva Europea.

Por último, decir que se tienen tres meses desde la entrada en vigor de la Ley 2/2023 de 20 de febrero como plazo máximo para establecer los sistemas de información internos, por lo tanto hasta el 13 de junio de 2023. Sin embargo, las entidades jurídicas del sector privado con 249 trabajadores o menos tienen hasta el 1 de diciembre de este mismo año, todo ello en virtud de la Disposición Transitoria Tercera, pero la disposición final sexta extiende las medidas de protección a los informantes desde que entró en vigor la Directiva.

Los canales externos de denuncia

La segunda medida es **instaurar canales externos de denuncia** que consisten básicamente en la comunicación directa a las autoridades, así como revelar públicamente la información. Pero en realidad, lo que fomenta la directiva es que se creen canales internos, y solamente cuando el alertador sienta miedo a las posibles represalias podrá utilizar los canales externos.

La Directiva en su art. 15 prevé la revelación pública usando cualquier instrumento que le sirva a tal efecto (ej. redes sociales, medios de comunicación, plataformas web, etc...). Cuando se utilice esta tercera vía, el alertador solamente recibirá la protección y

garantías de la misma si ha denunciado primero por los canales de denuncias internos o externos, cuando no se hayan tomado las medidas necesarias y en el plazo establecido en la Directiva así como cuando tenga motivos razonables para pensar que la infracción le supone un riesgo, un peligro *“inminente o manifiesto”* para el interés público, o que las autoridades responsables del canal se hayan puesto de acuerdo con el autor de la infracción o estén implicadas en la misma o que la vía externa no presente las debidas garantías y pueda suponer un riesgo de represalias. Así las cosas, la revelación pública es un cauce subsidiario y excepcional, ya que solamente debe ser usada cuando no vayan a ser eficaces los canales internos y externos, en situaciones límite de acuerdo al orden público así como cuando se sospeche que la persona que se encargue del canal pueda haberse corrompido.

Así las cosas, la Directiva fija los procedimientos para las denuncias externas e internas así como su seguimiento, art.9 y ss.

En la Ley 2/2023 por la que España traspone esta directiva se destaca ya en su exposición de motivos la implantación posible de canales externos de información por parte de las CCAA estableciendo que deberían ser gestionados por autoridades independientes autonómicas análogas a la Autoridad Independiente de Protección del Informante. También se establece que se tiene que informar a las personas que deciden denunciar sobre los canales externos, en virtud del art. 7 y 25 b) así como que en los procedimientos de gestión de informaciones también se debe informar sobre ellos a la luz del art. 9.2 apartado b). Por otra parte, la Ley 2/2023 en su art. 28 también garantiza la protección cuando se haya revelado la información a través de canales externos. Así como que se preservará la identidad del informante que utilice los canales externos. Pero, como ocurre en la Directiva, lo que se potencia es la utilización de los canales internos de información.

Por último, dicha ley también fija que las autoridades responsables de los canales externos tienen que revisar los procedimientos de recepción y seguimiento en su disposición adicional primera.

Los medios de protección

La tercera medida que preveía la Directiva era instaurar **medios de protección** porque el principal objetivo de la directiva es, como ya se expuso, garantizar la protección

de los alertadores frente a las represalias. Por ello, establece un sistema de garantías en el trabajo que insta a los Estados a establecer las medidas necesarias para evitar las represalias y que todas las empresas tanto públicas como privadas creen un canal interno de denuncias de las irregularidades. Hemos de añadir que la Directiva exime de posibles responsabilidades a los alertadores que, en la obtención o difusión de la información, hayan cometido alguna infracción, lo que nos recuerda a lo previsto en el apartado quinto del art.282 BIS²¹⁶ sobre el agente encubierto, es decir se prevé aquí una exención de responsabilidad criminal por las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Además, se produce la inversión de la carga de la prueba a favor del alertador cuando le estuvieren amenazando, acosando etc... Esto también lo observamos en la propia exposición de motivos de la Ley 2/2023 de 20 de febrero por la que se traspone la Directiva que para garantizar la buena aplicación del ordenamiento hace que *“se exima de responsabilidad ante la obtención de información relevante o que se invierta la carga de la prueba en aquellos procesos que inicie para exigir la reparación de daños.”* Además, se establecen medidas de protección frente a represalias pero el propio art. 38 determina que esta medida no afectará a responsabilidades de carácter penal.

Sobre esta última cuestión, debemos detenernos expresamente en este capítulo debido a su relevancia procesal. La inversión de la carga de la prueba representa un paso más dado por la Directiva para contribuir a su objetivo y conseguir que se pongan de manifiesto el mayor número de irregularidades posibles.²¹⁷ Con ello, se trata de proteger a los denunciantes porque, en caso de que sufran alguna clase de daño, se está presumiendo que es como reprimenda, para reprimir dichas revelaciones, es decir que lo sufrió a modo de venganza por revelar una irregularidad y por ello, en virtud al art.25.2 de la Directiva, será la persona que haya tomado la medida perjudicial la que debe probar que esa medida se basó en motivos justificados. Esto es algo que se debe tener muy en cuenta en los procesos que dimanen por estas *notitias criminis*.

²¹⁶ *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito.”*

²¹⁷ El considerando 93 de la Directiva dice expresamente que *“una vez que el denunciante demuestre, razonablemente, que ha denunciado infracciones o que ha efectuado una revelación pública de conformidad con la presente Directiva y que ha sufrido un perjuicio, la carga de la prueba debe recaer en la persona que haya tomado la medida perjudicial, a quien se debe entonces exigir que demuestre que las medidas adoptadas no estaban vinculadas en modo alguno a la denuncia o la revelación pública”*.

Nuestra Ley 2/2023, de 20 de febrero, protege a las personas afectadas porque durante la tramitación del expediente claramente tienen derecho de defensa, a la presunción de inocencia, derecho a acceder al expediente y a la misma protección que prevé la norma para los informantes, salvaguardando su identidad y garantizando la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento, en virtud del art. 39. También nos gustaría resaltar que la Ley 2/2023, de 20 de febrero, regula la existencia una autoridad independiente de protección del informante concretamente en el título VIII para que se cumplan los objetivos que pretende la UE con la Directiva del Whistleblower y proteger al informante y esta autoridad independiente de protección del informante gestiona el canal externo de información.

Las medidas provisionales

Otra cuestión que podemos observar en la Directiva y que debemos resaltar en este trabajo es la posibilidad de adoptar unas medidas cautelares o, como son llamadas en la misma: medidas provisionales²¹⁸. El objetivo de las medidas provisionales es poner fin a amenazas, tentativas o actos continuados de represalia, al acoso, o prevenir represalias como el despido, que ocasionaría la apertura de un proceso por posible despido improcedente, ilegal en caso de que dicho trabajador lo incoe y además, un largo periodo de tiempo que podría arruinar a la persona lo que, sin lugar a dudas, desalienta a cualquier trabajador que observe irregularidades. Por lo expuesto, la Directiva en su art. 21.6 prevé dichas medidas provisionales o cautelares de acuerdo al Estado en que se haya producido esa denuncia.²¹⁹ En la Ley 2/2023, de 20 de febrero, también se establece que la autoridad independiente de Protección del informante pueda adoptar medidas provisionales en aquellos procedimientos sancionadores que instruya como podemos observar en el apartado 36.6, luego el régimen que preveía la Directiva se mantiene.

Además hemos de resaltar expresamente que la Directiva dedica todo un capítulo, el sexto, a prever las medidas de protección en cuanto a la prohibición de represalias, medidas de apoyo, medidas de protección frente a represalias, medidas para la protección

²¹⁸ Cuestión que podemos apreciar en el considerando 96 de la Directiva que dice que son muy importantes para los Denunciantes *“las medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial, que puede prolongarse. En particular, los denunciantes deben poder acogerse a medidas provisionales tal como se establezcan en Derecho nacional.”*

²¹⁹ Por el cual tendrán *“acceso a medidas correctoras frente a represalias, según corresponda, incluidas medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial, de conformidad con el Derecho nacional.”*

de las personas afectadas creando, a nuestro parecer, todo un sistema de actuación con el que poder reaccionar ante las irregularidades con el objetivo último de crear un clima de seguridad en el que los sujetos sientan que pueden revelar las actividades ilícitas que sucedan. Así las cosas, en el art.19 de la Directiva podemos observar una enumeración de consecuencias, de las que podríamos destacar como más importante: la prohibición del despido, suspensión, impedir que dicho trabajador ascienda, cambiarle el puesto de trabajo etc... creemos que la Directiva con este artículo trata de objetivar y poner de manifiesto los posibles gravámenes que sufren los denunciantes.

La Ley 2/2023 de 20 de febrero también se aporta el mismo protagonismo a las medidas de protección, dedicándole el Título VII y estableciendo las condiciones para recibir protección art. 35, prohibiendo las represalias art. 36, regulando unas medidas de apoyo art. 37, fijando expresamente las medidas de protección frente a las represalias art. 38, las medidas para la protección de las personas afectadas art. 39, también prevé los supuestos de exención y atenuación de la sanción y las autoridades competentes en su art. 41. Además, en su disposición adicional sexta se prevé la extensión de las medidas de protección a todas aquellas comunicaciones que hayan ocurrido desde que entró en vigor la Directiva y no la propia Ley 2/2023 de 20 de febrero. Lo que podemos observar es que el régimen articulado por la Directiva en torno a las medidas de protección se mantiene.

Además para que las personas se animen a denunciar en el art.20 la Directiva fija unas medidas de apoyo aparte de las que ya pudieren existir en el ordenamiento jurídico de que se trate, todo ello para incentivar, animar a los alertadores asesorándolos y aportándoles también asistencia jurídica para los procesos en los que se vean inmersos. En la Ley 2/2023, de 20 de febrero regula expresamente unas medidas de apoyo para las personas que comuniquen o revelen infracciones en su art. 37, las mismas serán prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. art. 41. También tenemos que tener en cuenta que su Disposición adicional duodécima por la que también se aplicarán las medidas de apoyo previstas en la Ley 2/2023 de 20 de febrero cuando se comuniquen las irregularidades por canales externos.

De todo ello, extraemos en conclusión que el legislador europeo siente una verdadera y gran preocupación por allanar el camino a las personas justas, por hacerles confiar en el sistema, en estos artículos vemos un esfuerzo real por crear garantías para los delatores, y en la Ley 2/2023, de 20 de febrero por la que se traspone la Directiva al ordenamiento jurídico español se mantiene este espíritu.

C) *Debate doctrinal entorno a esta figura*

Alrededor de esta nueva figura, como no podía ser de otra manera surgen muchos interrogantes, encajar una nueva figura, como ha exigido la Directiva, en nuestro derecho es una labor compleja que desencadena serios debates doctrinales sobre varias aristas del whistleblower y su concordancia con nuestro derecho, analicemos algunas de ellas:

La figura del Whistleblower y en el caso de España: el informante, podría hacer que nos planteásemos si **podría dañar derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad y a la dignidad de las personas** arts. 10.1 y 18.1 CE. Decimos que se podría dañar el derecho al honor e intimidad de la persona denunciada debido a que cuando se recojan los datos sobre las presuntas irregularidades también se puede estar revelando información sensible o privada sobre la persona y además de no prosperar dichas acusaciones el trabajador acusado puede sentir su honor, su imagen y reputación en la empresa dañadas, manchadas por unas acusaciones que, de no ser verdaderas, le podrían llegar a perjudicar.²²⁰ Consideramos que para que ello no suceda, en la medida de lo posible la recogida de la información debe ser la estrictamente necesaria y su tratamiento también debe garantizar la privacidad de los datos.

En segundo lugar, como se ha explicado en los apartados anteriores la trasposición de la directiva supone la habilitación de canales internos de denuncia provistos del anonimato del denunciante, en la Ley 2/2023 de 20 de febrero sí que se permite el anonimato salvo que otra norma disponga lo contrario o bien que el Juez solicite que se revele su identidad con el fin de garantizar el derecho de defensa, lo que consideramos, puede hacer sencilla la **denuncia falsa con fines espurios y difamatorios**.²²¹ Así lo considera gran parte de la doctrina, que estima que el anonimato es un arma de doble filo, porque es cierto que incrementa la revelación de los casos de corrupción, pero a un precio muy alto: la acusación huera o incluso falsa para dañar a los compañeros. La mala fe puede relucir en este punto, porque el anonimato a la vez que alienta a la participación porque protege a los delatores, también puede ser un escudo para verter acusaciones falsas que difamen a la persona en la que recaen.

²²⁰ Por ello, autores como PÉREZ TRIVIÑO, J. L., ``Whistleblowing´´, en *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, número 14, 2018, p. 293 y ss. establece que en este caso se debe aplicar el test de creación jurisprudencial de la triple proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad STC de 10 de julio, número 186/2000.

²²¹ Además, en el *iter* procesal el anonimato en fase de instrucción no genera excesivos problemas, sin embargo, hemos de apuntar que la imposibilidad de tomarle declaración al alertador como testigo, podría favorecer el sobreseimiento de la causa.

Autores como PÉREZ TRIVIÑO mantienen que, se debe instalar un sistema de denuncias que asegure que los denunciantes no sufran represalias estableciendo medidas de protección para garantizar su seguridad²²², esto, como hemos expuesto sí que se prevé en la Ley 2/2023 de 20 de febrero dedicándole todo un título, el VII y siete artículos exclusivamente a las medidas de protección del informante. PÉREZ TRIVIÑO también establece que se deberían rechazar las denuncias falsas o con mala fe estableciendo en los reglamentos, normas o estatutos de la organización expresamente cuáles serían las consecuencias que tendrían las denuncias falsas, es decir, que en las normas o estatutos de la administración o sociedad de que se trate se establezca que si la denuncia es falsa se procederá a revelar la identidad del denunciante o conllevará la imposición de una sanción disciplinaria. Sobre estas últimas cuestiones no se pronuncia la nueva Ley 2/2023 de 20 de febrero. Este autor también considera que en las normas o estatutos de la administración o sociedad también se debería de indicar que el hecho de denunciar una irregularidad no eximiría a la persona denunciante de su responsabilidad si la tuviere, aunque sí que se aplicarían las atenuaciones previstas en la ley por haber contribuido activamente en el descubrimiento y esclarecimiento de los hechos.²²³ La Ley 2/2023 de 20 de febrero no establece un mandato expreso para que las administraciones o sociedades recojan en sus normas o estatutos el hecho de denunciar una irregularidad no eximiría a la persona denunciante de su responsabilidad si la tuviese.

Ante este panorama, pensamos que si se instauraran premios o recompensas sería muy tentador entre los compañeros de trabajo inventar supuestas irregularidades para dañar a otro trabajador y además lucrarse con ello, esto es algo muy peligroso, es cierto que se debe incentivar destapar la corrupción pero para ello, nosotros apostamos por crear un buen sistema provisto de las garantías suficientes como para que los delatores confíen en que estarán a salvo cumpliendo con su deber social, actuando conforme a derecho, a fin de cuentas, que ser justos no salga tan caro y merezca la pena. No apostamos por la delación premiada y nos parece bastante peligroso. Consideramos que lo apropiado sería atenuar los castigos de las personas que deciden denunciar en una irregularidad en la que, se demuestra, han participado.

En la Ley 2/2023 de 20 de febrero no se establecen premios y recompensas para los informantes, sino que efectivamente se busca crear un sistema de garantías, seguro para

²²² Que incentivará las denuncias.

²²³ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., ``Whistleblowing´´, *op. cit.*...p. 296.

conseguir destapar la corrupción. Claramente la ley 2/2023 de 20 de febrero pretende excluir las informaciones falsas y las que se hayan podido obtener de forma ilícita, ya en su exposición de motivos dice *“La buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico y se contrapone a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita.”* Por ello, otorga una potestad sancionadora a la autoridad independiente que se encarga de la protección de los informantes para efectivamente sancionar a aquellos que trasmitan informaciones falsas y/o ilícitas tanto en canales internos o externos art. 52 y todo el título IX.

Además, antes de que se promulgase la Ley 2/2023 de 20 de febrero ya existía un debate doctrinal sobre la figura del whistleblower en las empresas privadas por existir en muchos contratos **cláusulas de confidencialidad, debate en cuanto a éste y la propiedad de empresa y secreto empresarial**. Esto ocurre porque la Directiva pretende que los trabajadores denuncien las irregularidades aun cuando ello suponga vulnerar dichas cláusulas, es decir, que sobre las mismas está siempre erradicar la corrupción empresarial, por ello, en sus considerandos 91 y 92 prevé protección y seguridad para aquellos denunciantes que incumplan los acuerdos de confidencialidad, las cláusulas de propiedad de la empresa, la Directiva incluso determina expresamente que los trabajadores no pueden ampararse en las mismas para no denunciar, para denegar la protección o penalizar a los denunciantes. Así las cosas, se fija una exención de responsabilidad determinando que aunque los denunciantes hayan vulnerado las cláusulas contractuales de confidencialidad, la propiedad industrial de empresa y secreto empresarial para poder revelar una irregularidad, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad: ni civil, ni penal ni administrativa.²²⁴

²²⁴ Cuestión que podemos apreciar expresamente en los arts. 21.7 y 21.2 de la Directiva, cuando determinan *“tendrán Derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva.”* Es decir, cuando existan motivos fundados estarán exentos en los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o la solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo.

Pero el debate es latente, al menos en España debido a que esto aparentemente estaría contraviniendo nuestro derecho interno, es decir la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales²²⁵. Debemos fijarnos que el articulado de esta ley fija varias excepciones, concretamente²²⁶: cuando se ejercite el derecho a la libertad de expresión, e información recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando el fin sea revelar alguna falta, irregularidad o actividad ilegal en pos a la defensa del interés general, para el ejercicio legítimo de las funciones que tienen legalmente atribuidas y también con el objetivo de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español. Así, observamos que lo que ha ocurrido es que la mayoría de la doctrina ha realizado una interpretación extensiva de estas exenciones a las denuncias planteadas por el whistleblower²²⁷.

Finalmente, con la trasposición de la Directiva a través de la Ley 2/2023 de 20 de febrero ya desde su exposición de motivos hace que queden sin efectos las cláusulas o disposiciones contractuales de confidencialidad que impidan o limiten el derecho o la capacidad de informar. Posteriormente, en su articulado, establece que la protección prevista en la ley no se aplicará a las informaciones que afecten a la información clasificada, ni a las obligaciones que resultan del secreto profesional acotándolo a los profesionales de la medicina, de la abogacía así como al deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en sus actuaciones y también al secreto de las deliberaciones judiciales, como podemos ver concretamente en el art. 2 apartado cuarto. También se establece que no se va a aplicar las previsiones previstas en la misma cuando se trate de informaciones sobre infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación con información clasificada o que sean secretos o reservados así como a los contratos que deban ser ejecutados con medidas de seguridad especiales o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.

²²⁵ Que a su vez nace de la trasposición de una Directiva europea.

²²⁶ La Ley 1/2019 determina expresamente en su art. 2.3 que *“no procederán las acciones y medidas previstas en esta ley”* en dichos casos.

²²⁷ Como podemos apreciar en MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L.I., *“La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”* op. cit...pp.38 y ss, también en DE LA PUEBLA PINILLA, A., *“Impacto laboral de la ley de secretos empresariales”*, en *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Dir. De la Puebla Pinilla, A., y Mercader Uguina, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 516.

Además, la Ley 2/2023, de 20 de febrero exime de responsabilidad a todos los informantes en los procesos judiciales sobre difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario. Pueden alegar como prueba de descargo haber revelado los ilícitos expresando los motivos o razones por los que pensaban que era necesario revelar la infracción.

Por último, y específicamente sobre **la confidencialidad**, destacar la gran controversia que existe sobre si las denuncias deben ser anónimas o si debe respetarse la confidencialidad, porque el anonimato puede acuñar abusos, pero el mismo favorecería a los delatores porque no tendrían que cargar con todas las connotaciones peyorativas que actualmente existen en la sociedad sobre los ``chivatos``. Así, a muchas personas les gustaría poder refugiarse en la seguridad del anonimato sobre todo en las empresas que, encajando en las características de la Directiva para su aplicación, no sean las más grandes. De esta forma, tenemos que el anonimato quizá pueda ocasionar que se produzca un mayor número de denuncias pero cuya información sea de menor calidad. Por ello, autores como PÉREZ TRIVIÑO²²⁸ abogan por que las denuncias sean confidenciales y no anónimas estableciendo para ello procedimientos que verdaderamente sean confidenciales, las organizaciones tanto públicas como privadas tienen que estar comprometidas, adoptando las medidas que consideren más oportunas para garantizar ese trato confidencial. A pesar de todo, las denuncias anónimas son aceptadas en EEUU, UK y es algo que se está extendiendo a todos los países europeos, de hecho, un tercio de las sociedades que cotizan en el IBEX aceptan las denuncias anónimas, algo que nos parece muy preocupante.

Esto es una de las cuestiones que, ya desde la exposición de motivos de la Ley 2/2023 de 20 de febrero aclara, porque en la misma dice expresamente ``Se ha de destacar que se permite la comunicación anónima``, manteniendo el tenor de la Directiva. Nuestra ley fija unas excepciones: cuando una norma española prevea revelarlo, cuando se solicite en un proceso judicial para no vulnerar el derecho de defensa. Exponiendo una explicación de las normas internacionales, europeas y nacionales que avalan el anonimato en las denuncias.²²⁹ Posteriormente en el Título III en su art. 17 sobre la recepción de las

²²⁸ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., ``Whistleblowing``, *op. cit.*...p.11.

²²⁹ Tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, art. 13.2, el Reglamento (UE, EURATOM) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de

informaciones de nuevo determina que la información puede llevarse a cabo de forma anónima.

En cuanto al debate que ha surgido en torno a la **protección de datos** y el whistleblower o informante se debe a que cuando se pretende delatar una supuesta irregularidad en el seno de una organización se recoge información personal, ocasionando una tensión de fuerzas entre la necesidad de recabar los datos personales necesarios sobre el o los trabajadores que estén supuestamente cometiendo irregularidad y el derecho a la protección de datos que éstos ostentan porque tienen que ser informados²³⁰, analicemos esta cuestión más profundamente:

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD, en adelante) entra en vigor como trasposición de una Directiva europea anterior a la del Whistleblowing, a pesar de ello hemos de fijarnos en el art.24 de cuya lectura extraemos que sirve de apoyo para proteger los datos vertidos en los sistemas de denuncias.²³¹ Además, a lo largo de su articulado

Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999 art. 5.1. La Comisión Europea en materia de protección de datos, el Grupo de trabajo del artículo 29 (GT29), en su Dictamen 1/2006 relativo a la ``aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios''. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, art. 26 bis, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, su art. 24.1. La Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil. Y también señala la Circular de 4/2013, de 30 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre las diligencias de investigación, que actualiza la consideración sobre las denuncias anónimas.

²³⁰ MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L.I., ``La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos'', *op. cit...* pp.56-65.

²³¹ El art.24 de la LOPDPGDD lleva por título ``Sistemas de información de denuncias internas'' dice expresamente ``1. Será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información.

2. El acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto. No obstante, será lícito su acceso por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales que, en su caso, procedan.

Sin perjuicio de la notificación a la autoridad competente de hechos constitutivos de ilícito penal o administrativo, solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.

3. Deberán adoptarse las medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, especialmente la de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado.

observamos otras referencias a la materia de protección de datos del denunciado del todo necesarias así como referencias para proteger la identidad del denunciante y de otras personas a las que se refiera la denuncia. Dicho lo cual, es conveniente que destaquemos que, en verdad, la Directiva del Whistleblower trata de que no se produzcan contradicciones entre la normativa sobre protección de datos y sus mandatos, esto lo observamos en varios de sus artículos:

En su art.9.1 letra f) y 11.2 letra d)²³² así como en sus considerandos 58 y 67 se establece que a los denunciantes se les tiene que informar sobre que existe un canal de denuncias internas así como el procedimiento, los pasos que ha de seguir para imponer la denuncia así como el plazo máximo de tres meses que existe para tramitar dicha denuncia.

Por lo que se refiere a nuestra Ley 2/2023 de 20 de febrero establece que tanto los canales internos como externos deben ser respetuosos con la legislación vigente sobre protección de datos. Además de aportarle la información a los informantes de que existe un canal de denuncias y de describir el procedimiento tenemos que dedica todo un título, el sexto a la protección de los datos personales, estableciendo el régimen jurídico para su tratamiento en el art. 29, la licitud de los tratamientos de datos personales en el art.30, la información sobre protección de datos personales y ejercicio de derechos en el art. 31, cómo se deben tratar los datos personales en el sistema interno de información art.32, la preservación de la identidad del informante y de las personas afectadas art.33 y establece la creación de un delegado de protección de datos, como podemos apreciar en su art. 34. También su disposición final séptima prevé la modificación de la LO 3/2018, de 5 de

4. Los datos de quien formule la comunicación y de los empleados y terceros deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados. En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica. Las denuncias a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica. Transcurrido el plazo mencionado en el párrafo anterior, los datos podrán seguir siendo tratados, por el órgano al que corresponda, conforme al apartado 2 de este artículo, la investigación de los hechos denunciados, no conservándose en el propio sistema de información de denuncias internas.

5. Los principios de los apartados anteriores serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas.”

²³² Que dicen, respectivamente: “Los procedimientos de denuncia interna y seguimiento a que se refiere el artículo 8 incluirán lo siguiente: un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia” y “Los Estados miembros velarán porque las autoridades competentes: den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados”.

diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, específicamente modifica su art. 24 garantizando de esta forma la licitud en el tratamiento de los datos personales necesarios para proteger a los informantes y añade que se deberán regir por la propia Ley 2/2023 de 20 de febrero y por el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

En otro orden de cuestiones, también genera debate la **vigilancia de los trabajadores en el marco de la relación laboral y su licitud** porque sin lugar a dudas esa vigilancia la protagoniza la figura del whistleblower, en el caso de España el informante, algo que afecta a varios derechos fundamentales: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones art.18.1 y 3 de la CE.

Porque según TRAVÉ SARRADELL la Directiva ya fija un *“deber empresarial de investigar”*²³³ y el deber de colaboración de todo ciudadano que reitera nuestra Ley 2/2023 de 20 de febrero podría rebasar los límites de la facultad de control que tiene el empresario reconocida en el art.20.3 del Estatuto de los trabajadores vulnerando también el deber de protección del derecho fundamental de los trabajadores a la intimidad. Del mismo modo, como se ha indicado, se podría estar vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones porque el informante en su denuncia, puede revelar datos de conversaciones ajenas que haya escuchado sobre la irregularidad que denuncia. Y aquí, a nuestro parecer, habrá que estar a la aplicación de los principios de proporcionalidad y a lo ya decidido en la jurisprudencia, en tanto que los jueces habrán de librar un juicio de proporcionalidad y decidir sobre lo que más pese.²³⁴

En favor a la utilización del informante de manera proporcional permitiendo cierto detrimento de los derechos de la intimidad y del secreto de las comunicaciones, debemos apuntar que el art. 31.2 BIS del CP español establece en su apartado primero que se pueden llevar a cabo medidas de vigilancia y control para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y que cuando éstas sean idóneas producirán la exención de la responsabilidad penal de la sociedad. Autores como TRAVÉ SARRADELL²³⁵ consideran que ello supone para las empresas

²³³ TRAVÉ SARRADELL, D., “Intimidad y vigilancia en las investigaciones internas derivadas del uso de un canal de whistleblowing”, en *IUSLabor*, número 1, 2021, p.63.

²³⁴ Como ya podemos observar en jurisprudencia del TEDH, como en la STEDH de 17 de octubre de 2019 caso López Ribalda y otros versus España, número 1874/13 y 8567/13 ante “la existencia de sospechas fundadas y la inexistencia de medidas alternativas para obtener el resultado.”

²³⁵ TRAVÉ SARRADELL, D., “Intimidad y vigilancia en las investigaciones internas derivadas del uso de un canal de whistleblowing”, *op. cit...* pp. 62-63.

una obligación de investigar su propia sociedad y que esto modifica la ponderación que se tiene que hacer cuando se realicen injerencias en la vida privada de las personas porque, precisamente la falta de control o vigilancia para prevenir la comisión de delitos en la empresa puede hacer que la sociedad incurra en responsabilidad penal.

Por último, un sector doctrinal²³⁶ consideraba que todo lo previsto en la Directiva también se debería de aplicar cuando se produzcan **infracciones del derecho nacional**, es decir, del derecho interno de cada país así como cuando se vulnere el derecho de la UE, dicho de otra forma: se consideraba que dicha Directiva debería ser de aplicación no solamente cuando se esté vulnerando el derecho de la UE sino el derecho interno, las voces de la doctrina fueron escuchadas por el legislador español porque ya en la exposición de motivos de la Ley 2/2023 de 20 de febrero establece que además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del derecho de la UE *“esta ley abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico”*, por lo que nuestro legislador ha ampliado el ámbito de aplicación de la Directiva a las infracciones de derecho nacional graves o muy graves tanto administrativas como penales, posteriormente encontramos esta misma previsión en su articulado, concretamente en el art. 2.1 apartados a) y b), por lo tanto la Ley 2/2023 de 20 de febrero será de aplicación a todas las personas físicas que informen a través de alguno de los procedimientos previstos en la misma de las acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la UE y también de las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave.²³⁷

A nosotros nos parece acertado porque consideramos que el legislador europeo ha hecho un buen trabajo en el diseño y la producción de la Directiva orquestando un nuevo sistema de revelación de irregularidades y de protección de sus denunciantes necesario para tratar de combatir, en el día a día y a diferentes escalas, la gran lacra de la corrupción y España con la trasposición de la Directiva a través de la Ley 2/2023 de 20 de febrero trata de instalarlo, habrá que estar a la puesta en práctica de la ley.

²³⁶ MARTÍNEZ MOYA, J., “Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el whistleblowing. El fin de la ley del silencio.” *op. cit...*p.10.

²³⁷ Y añadiendo nuestra ley que se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

D) Conclusiones sobre los Whistleblowers o informantes

-La aceptación de la corrupción estructural existente hoy en día en España y los países vecinos debe cambiar o de lo contrario cualquier figura legal fracasará, porque puede que exista regulación y protección para las personas que decidan denunciar pero para que sea efectiva no podemos seguir aceptando la corrupción como algo normal y habitual. Hay países más avanzados en estas cuestiones, más sensibles con la revelación de las situaciones irregulares y en definitiva, un tanto más honestos por lo que la introducción de esta figura está siendo distinta en cada Estado. En España es imperativo que se articulen canales internos de denuncia así como externos para hacer más sencilla la puesta de manifiesto de los casos de corrupción surgidos tanto en lo público como en lo privado, lo que pasaba por trasponer con éxito la Directiva (UE) 2019/1937. El legislador español ya ha cumplido con su deber al promulgar la Ley 2/2023, de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, habrá que observar cuáles son sus efectos.

-Por último, nos gustaría hacer una crítica a dicha ley porque a nuestro parecer, lo más seguro sería que las denuncias sean confidenciales, y no anónimas como sí que posibilita la Ley 2/2023, de 20 de febrero como hemos explicado *supra*. Confiamos más en la confidencialidad para evitar denuncias falsas, difamaciones y otras tantas consecuencias no deseables. Las organizaciones tanto públicas como privadas deben de estar verdaderamente comprometidas y velar por dicha confidencialidad, por ello pensamos que cuando los empleados sean admitidos en la empresa o administración pública en la que desempeñen su trabajo se les debe informar de que en caso de que presencien irregularidades fundadas han de denunciarlas siguiendo los canales establecidos en la Ley 2/2023 de 20 de febrero informándoles también de que su identidad se mantendría en la total confidencialidad para evitar riesgos.

-En definitiva, con el whistleblower y en España el informante, estamos ante otra personificación de una medida de colaboración ciudadana con la justicia, específica de las organizaciones: administraciones públicas, sociedades de capital etc... que comparte con el agente encubierto el sigilo y la ocultación para poder perseguir y castigar ilícitos.

-El whistleblower, en España el informante, nos parece una especificidad que el legislador europeo ha regulado para apagar el fuego de la alerta social ante la gran cantidad de casos de corrupción que no hacen más que crecer, a pesar de ello, conviene poner en valor y recordar en este capítulo que en el derecho español ya existen fórmulas

que cumplen la misma función porque, por ejemplo, nuestro derecho acepta el anonimato en las denuncias y cualquier miembro de la organización en la que haya observado comportamientos irregulares podría poner una denuncia anónima trasladando a la justicia la *“notitia criminis”* lo que serviría de arranque a la investigación policial y a su judicialización. Además, España cuenta actualmente, con la Fiscalía Anticorrupción por lo que quizá no sea necesario crear otros órganos sino adaptar los que ya tenemos y dotarles de competencias y recursos suficientes como para poder afrontar estas problemáticas.

2.2.5. Las entregas vigiladas

A) Marco normativo y concepto

La irrupción en España de las drogas y con ello, de las organizaciones criminales dedicadas a su distribución y venta produjo la necesidad de que se desarrollasen nuevas formas de investigación de las mismas, porque los instrumentos con los que contábamos en los años ochenta en España habían devenido ineficaces al encontrarnos ante nuevas formas de criminalidad y nuevos delitos que afectaban tan gravemente a la sociedad de aquellos tiempos, sobre todo a la juventud²³⁸.

La policía española necesitaba contar con nuevas herramientas para poder desempeñar su labor, nuevas técnicas para poder aprehender a los responsables de estos delitos. En el plano internacional, esta diligencia de investigación se empezó a acuñar en diversos foros como en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrada en Viena en el 1988²³⁹, ratificada por España el 30 de julio de 1990, publicado en el BOE de 10 de noviembre, la misma define

²³⁸ El tráfico de estupefacientes no solamente estaba afectando a España por ser uno de los países frontera de Europa, en realidad, era un problema acuciante en cada vez más Estados por lo que las autoridades Europeas, ante la creciente preocupación social comenzaron a poner ideas en común en distintos foros como ocurrió en la conferencia internacional sobre el *“Uso indebido y el Tráfico ilícito de drogas”* celebrada en Viena en el 1987, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se consiguió aprobar un *“Plan amplio y multidisciplinario de actividades futuras”* cuyo capítulo tercero se dedica a la supresión del tráfico ilícito de drogas y su art.18 alberga la figura de la entrega vigilada.

²³⁹ La presente convención se celebró porque así se propuso en la Conferencia internacional que tuvo lugar en el 1987 también en Viena sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas a la que asistieron 138 Estados, numerosas organizaciones gubernamentales e intergubernamentales. En la misma, también se aprobó un Plan amplio y multidisciplinario de actividades futuras en cuyo capítulo III se hace alusión por vez primera a la entrega vigilada pues en el art.18 la define como *“un método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final.”*

Conviene añadir que el problema suscitado por la irrupción de los estupefacientes en Europa ya se había puesto de manifiesto en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 su Protocolo de Modificación de 1972 y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

la entrega vigilada en su art. 1 como *“la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas (...), sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención.”* además en esta Convención se les dice a los Estados que adopten las medidas necesarias para utilizar correctamente esta técnica de investigación. Más adelante en el tiempo, también la encontramos en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990²⁴⁰ en cuyo art.73 podemos apreciar que se recoge la entrega vigilada determinando que los Estados partes deben de tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico drogas potenciando la cooperación entre Estados para asegurar el éxito de este medio de investigación.²⁴¹

Más adelante en el tiempo, debemos hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 en la que se especifica aún más lo establecido en la Convención de Viena del 1988, aportando en su artículo primero, apartado i) una nueva definición de la entrega vigilada *“se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos”*²⁴²

Sin embargo, estas prácticas antes de ser positivizadas por el legislador Español fueron utilizadas por la policía y llegaron a los juzgados, a los tribunales y con ello, al igual que todas las figuras afines que describimos en este apartado e incluso la propia del agente encubierto, antes de recibir la necesaria regulación legal, fue la jurisprudencia la

²⁴⁰ Al que España se adhirió el 25 de junio de 1991 fue ratificado el 23 de julio de 1993, y publicado en el BOE de 5 de abril de 1994.

²⁴¹ Específicamente, como decíamos, este Convenio habla de la entrega vigilada en su art.73 autorizando a los Estados a tomar medidas que permitan poner en práctica esta herramienta para luchar contra la delincuencia organizada, pero reservando al criterio de cada Estado sobre la forma de dirigir y controlar las actividades necesarias para ello.

²⁴² Y sobre ello, decir que en muchos casos esta diligencia de investigación tiene un carácter internacional, surgiendo el problema de la legislación que se ha de aplicar y con ello preguntarnos qué garantías se tendrían dado que es cierto que en la actualidad todos los Estados europeos han introducido en sus ordenamientos jurídicos esta figura bien a través de leyes específicas o en códigos procesales como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado. Cuestión que será tratada específicamente en este apartado.

que definió esta práctica policial, convirtiéndola en un método de investigación excepcional porque también se debe recurrir al engaño por parte del Estado. Ejemplo de ello lo observamos en la STS 10807/1988 de 6 febrero, en la que se autoriza la entrega vigilada de un paquete que contenía pastillas de éxtasis por el Juez de Instrucción y la autorización de su apertura una vez detenido, en este caso la droga estaba siendo controlada por la policía, esperando a que llegase a la oficina de paquetería donde finalmente se incauta y se detiene a su receptor.²⁴³

En cuanto a la regulación legal en España, fue introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico español en el 1992 gracias a la reforma operada por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación de la LECrim en materia de tráfico de drogas al haber firmado España la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre del 1988, y como se ha expuesto, en aquel momento con el único objetivo de hacer frente a los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, rellenando sin lugar a dudas una laguna de nuestro ordenamiento jurídico suplida de facto, por la jurisprudencia y la doctrina, porque los ciudadanos, a la postre, no solamente necesitamos que nuestro ordenamiento jurídico especifique qué comportamientos son constitutivos de delito sino que además, es necesario proveer a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de los instrumentos suficientes para poder investigar y llegado el caso conseguir castigar.

Así las cosas, la reforma de 1992 fue sustituida por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves con el objetivo de ampliar su utilización a todos los delitos que se pudieren cometer en el seno de la delincuencia organizada, no solamente el tráfico de drogas²⁴⁴. Autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ apuntan que la esencia de esta norma es intentar aminorar la insuficiencia de los medios de investigación tradicionales no solamente en el ámbito del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes.²⁴⁵

²⁴³ Especificar, que hasta entonces era utilizado el art. 584 LECrim para fundamentar dicha práctica, el cual hacía referencia a la interceptación y apertura de algunos envíos que fuesen sospechosos de portar estupefacientes.

²⁴⁴ Además en su exposición de motivos, en el tercer párrafo, se establece que es del todo necesario actualizar las técnicas de investigación policial para combatir la delincuencia organizada ante la insuficiencia de los medios tradicionales frente a las nuevas formas de actuar de las organizaciones criminales.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., ``La entrega vigilada y el agente encubierto'', en AJA, número 380, 1999, pp. 1-6.

En la actualidad la encontramos alojada en el art.263 BIS de la LECrim que lo conceptualiza en el propio texto legal en el apartado segundo, por el cual *“Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.”* Conviene no confundir esta técnica con la *“remesa controlada”*, la doctrina ha especificado la diferencia entre la misma y la entrega vigilada, como apunta ALCOLADO CHICO²⁴⁶, en la entrega vigilada la mercancía ilegal es controlada de forma pasiva por la policía judicial pero en la entrega o remesa controlada son los agentes los que participan de forma activa en la operación²⁴⁷.

Es importante destacar que el legislador del Anteproyecto de LECrim del 2020 también ha regulado esta figura tan importante y que se utiliza tanto en la práctica, en el apartado XLVI determinando que es una diligencia útil para identificar y aprehender a los implicados en una actividad que define como compleja por cómo es *“el tráfico”* ilícito de bienes porque implica una relación entre varias personas²⁴⁸ y en muchas ocasiones es necesario conocerlos a todos para realizar el correcto seguimiento de la mercancía con la característica añadida de que puede ser que no pertenezcan a la misma organización criminal y simplemente tener una relación ocasional o bien permanente con los miembros de la organización criminal por lo que ofrece un campo de aplicación bastante amplio. Además, el legislador explica que se ha elegido la opción de una enumeración tasada de las mercancías y los efectos y que esta medida de investigación solo se podrá utilizar cuando se traten de vigilar las mismas. Además, para ponerla en

²⁴⁶ ALCOLADO CHICO, M^a T., *“La cobertura legal a un procedimiento en el marco del derecho penal internacional: la «entrega vigilada»”* en *Revista jurídica de Asturias*, número 37, 2014, p.70.

²⁴⁷ Esta diferenciación la abordaremos de forma más profunda en el subapartado características de esta figura.

²⁴⁸ Como son productores, compradores, vendedores, posibles intermediarios, transportistas y destinatarios finales.

práctica la policía judicial necesitará la autorización del fiscal pero si debe realizarse de forma urgente, se prevé que dicha autorización del Fiscal también pueda ser recabada en 24 horas desde que se puso en práctica²⁴⁹. Posteriormente en el articulado la encontramos dentro del Título VII de las investigaciones encubiertas, en el Capítulo I por el que se regulan la circulación o entrega vigilada mediante seis artículos en los que el legislador especifica el contenido, su autorización, su resolución, la ejecución, la sustitución de los elementos objeto de la circulación o entrega vigilada así como su interceptación y apertura.

B) Características

Como características de la medida de entrega vigilada podemos destacar las siguientes:

Objeto de la entrega vigilada

El objetivo de la entrega o circulación vigilada es la investigación, facilitar la investigación con el fin último de descubrir, identificar al mayor número de participantes²⁵⁰ en la actividad delictiva y, con ello, obtener indicios, pruebas que aportar al proceso penal capaces de desvirtuar la presunción de inocencia de las personas que se investigan. Su objetivo último es conseguir detener a todos los eslabones que integren la cadena criminal, independientemente de si pertenecen a una o varias organizaciones criminales y también de forma indiferente de si dichas actividades se desarrollan en varios Estados. Por ello, en muchas ocasiones, esta técnica de investigación se encuentra acompañada de un auto de balizamiento para poder seguir el rastro del dispositivo más fácilmente, con el fin de conocer concretamente cuál es su recorrido. Como hemos adelantado, la esencia de esta figura reside en la identificación de los presuntos

²⁴⁹ Esto dista mucho de lo previsto en el del art. 263.1 BIS actual de la LECrim, que como se expone, especifica que *“El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas.”* el legislador del anteproyecto de LECrim simplifica la redacción del artículo.

²⁵⁰ Así lo ha especificado el TS en varias ocasiones, como podemos observar en su STS 887/2007, de 7 de noviembre en la que se especifica que *“la labor investigadora debe alcanzar a la identificación de todos los presuntos implicados en el delito, tratando a su vez de conocer cuántos datos o entresijos del mismo sean accesibles a efectos probatorios, para conocer en toda su dimensión la trama delictiva con objeto de delimitar el alcance del delito que se presume cometido y sus cualificaciones”*. Y esto, porque las organizaciones criminales cada vez son más poderosas y en muchas ocasiones actúan aprovechándose de su apariencia de buen derecho, es decir, de que asociada a la organización criminal exista una sociedad que transporte mercancías y tras la cual es mucho más sencillo delinquir, por ejemplo transportando la droga en los mismos paquetes donde se porten sus activos.

responsables penales recabando los suficientes materiales probatorios que nutran la instrucción penal y puedan ser debidamente practicados en el juicio oral.

Autorización

La entrega vigilada debe ser autorizada, en virtud del art.263 BIS 1, por el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, también sus mandos superiores. Autores como NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ²⁵¹ opinan que la presente regulación legal no aclara qué autoridad exactamente debe realizar tal autorización dentro de una instrucción o en el curso de una investigación incoada por el Ministerio Fiscal o bien en una investigación preliminar de la policía judicial, coincidimos en criterio con estos autores y a nuestro parecer se debería de concretar más y en la propia LECrim dicha cuestión. Esta imprecisión ha sido colmada por la doctrina, como podemos apreciar en DELGADO MARTÍN²⁵² que establece como solución acudir a las normas generales de la instrucción y diferenciar cuando hay un proceso penal abierto y cuando no lo hay, de esta forma si existe una instrucción viva lo debe autorizar el Juez de Instrucción que esté conociendo de la misma en cambio, cuando la instrucción aún no esté incoada, tenemos que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y art. 773.2 de la LECrim autorizan al Ministerio Fiscal a que dentro de sus investigaciones realice las actuaciones necesarias para aclarar los hechos de una denuncia o atestado policial y que solo en los casos excepcionales y urgentes que impidan obtener la previa y obligatoria autorización lo autoricen los miembros de la policía del apartado primero del art. 263 BIS LECrim.

Consideramos acertado que la LECrim especifique y otorgue competencias a las autoridades reflejadas en el art. 263 BIS y que no solamente tenga dicha potestad el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal con el consentimiento inmediato del Juez de Instrucción como ocurre con el agente encubierto. Creemos que, en este caso, es necesario para agilizar la investigación de los delitos tan graves que son cometidos en el seno de la delincuencia organizada a la par que nos sigue pareciendo garantista y respetuoso con los

²⁵¹ NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas'', en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, número 61, 2008, p.101.

²⁵² DELGADO MARTÍN, J., *La Criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 23 de febrero, de modificación de la Ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 155.

derechos del investigado, aun así nos gustaría proponer que se especifique en la propia LECrim cuándo cada una de las autoridades sería la más competente y ello solamente para alcanzar una mayor seguridad jurídica, porque por lo demás, creemos ajustada la regulación vigente²⁵³, máxime teniendo en cuenta el apartado segundo del art.263.3 BIS por el cual los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. Autores como MOLINA MANSILLA, consideran que dicha comunicación inmediata está del todo justificada y que es necesario que realmente así sea porque solo de esta forma se somete al control jurisdiccional obligatorio²⁵⁴ la práctica de las diligencias policiales que, de ser autorizadas y bien practicadas, son muy útiles a los fines de la instrucción, porque se está corriendo el riesgo de perder piezas de convicción esenciales para poder punir.²⁵⁵

Motivación

Pues bien, se trata de una resolución fundada²⁵⁶ pues cuando alguna de esas autoridades acuerde la ejecución de esta medida de investigación según el art.263 BIS que analizamos deberá ser de manera motivada²⁵⁷, debiéndose determinar explícitamente el objeto de la circulación o entrega vigilada, el tipo y la cantidad de sustancia de que se

²⁵³ Sin embargo, existen autores con opiniones contrarias a este parecer como es el caso de NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas'', *op. cit...* p.102 que considera equivocado que se atribuya dicha potestad a otras autoridades distintas al Juez de instrucción o al Ministerio Fiscal porque ``al tratarse de una delicada manipulación del control judicial, en ciertos casos, podría propiciar alguna conducta ilícita por parte de tales autoridades.'' También CARMONA SALGADO opina incluso, que no establecer un procedimiento a seguir en la circulación o entrega vigilada es el más grave error legislativo en el que se incurrió cuando se elaboró la nueva redacción del artículo 263 BIS LECrim. CARMONA SALGADO, C., ``La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico'', *op. cit...*p. 172.

²⁵⁴ Habilitándose de esta forma un mecanismo de reprobación o control judicial por el cual el Juez de Instrucción podrá revocar la autorización de dicha medida de investigación si considera que no se dan las circunstancias y/o requisitos oportunos.

²⁵⁵ MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, *op. cit...*p.10.

²⁵⁶ Una vez se dicte la misma lo usual es que el Juez de Instrucción decrete el secreto de las actuaciones para las partes en virtud del art. 301 LECrim.

²⁵⁷ Como indica el art.1 de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, para cumplir con lo establecido en la Convención de Viena art.11.2 y el Acuerdo de Schengen art.72.3.

trate.²⁵⁸ Y gracias a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves se amplió el objeto de esta técnica de investigación a los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del CP, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 BIS, 566, 568 y 569 CP²⁵⁹.

Nos encontramos ante una lista *numerus clausus* de supuestos en los que se podría autorizar la utilización de esta medida de investigación. Además hemos de apuntar que los productos pueden ser sustituidos por la policía si existe demasiado riesgo de pérdida, es decir, que se puede sustituir la mercancía que se vigile por otra no ilegal o inocua por si la operación fracasara, para ello en muchos casos la policía decide abrir el embalaje que envuelve la misma, quebrando en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad arts.18.3 y 18.1 CE respectivamente.²⁶⁰ Es necesario apuntar que el legislador solamente prevé que las drogas puedan ser sustituidas siempre que así sea acordado por el Juez que instruye la causa. De nuevo, como hemos explicado, esto conlleva la apertura del paquete y con ello gravar los derechos fundamentales enunciados. En la misma, se debe tener en cuenta el protocolo de actuación policial de apertura de paquetes, apuntemos aquí que una vez recogido el paquete objeto de la entrega vigilada mediante diligencia policial se ha de trasladar a las dependencias judiciales para proceder a la apertura y sustitución de la droga.

Usualmente, el *iter* de esta diligencia de investigación consiste en que los agentes de policía (normalmente de las aduanas, aunque también suele ser de la unidad de drogas y crimen organizado de la policía judicial) detectan un envío sospechoso de contener alguna de las mercancías del art. 263 BIS LECrim o bien que las autoridades de otro

²⁵⁸ Claramente refiriéndose a las sustancias estupefacientes pues, como se ha expuesto, la primera redacción de este artículo buscaba combatir únicamente el tráfico de drogas, hasta su reforma.

²⁵⁹ GIMENO SENDRA, V., ``*Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*´´, t. III, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 14, realiza una concreción que nos gustaría tener en cuenta porque dice que por sustancias prohibidas debemos entender todas aquellas ``*res extra commercium*´´ de las cuales es ilegal incluso la propia tenencia así como su circulación, son materiales nucleares o elementos radiactivos del art. 345 CP, moneda falsa 386 y 387 CP, especies de flora y fauna amenazada del 334 CP, así como otras sustancias prohibidas no especificadas en el CP como productos alimentarios de los arts.363 y 364 del CP.

²⁶⁰ Cuestión que será analizada detenidamente en el próximo apartado.

Estado informen a España de la sospecha o del conocimiento de que un paquete provisto de dichas mercancías transita hacia España. Se solicita la autorización para practicar dicha medida de investigación al Fiscal o al Juez de Instrucción competente, de haberse incoado una instrucción penal previamente²⁶¹ y éstos la autorizan o bien que los jefes de las Unidades Orgánicas de la policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores la practican dando cuenta inmediata sobre dichas autorizaciones que hubiesen otorgado al Juez de Instrucción (si existiese un procedimiento judicial abierto) o al Ministerio Fiscal. La policía judicial vigilará el trascurso de dichas mercancías así como todas las personas que tengan algún tipo de relación con las mismas. El Juez de Instrucción puede decidir sustituir las mercancías ilícitas por otro contenido de características similares siempre que dicha decisión se base en la alta peligrosidad por perder el control sobre la operación, en definitiva la pérdida de las mismas. El Juez de Instrucción también puede motivar la detención y custodia del paquete y decretar que la entrega sea realizada por el servicio contratado para realizar el envío o por policías encubiertos y una vez que sea recogido el paquete que está siendo objeto de esta medida de investigación se detendrá a su destinatario y se le trasladará a dependencias judiciales, mediante diligencia policial, además se abrirá el paquete cuando se dicte auto de apertura levantando el Juez de Instrucción la correspondiente acta, una vez abierto el mismo puede dictar la conservación de las mercancías bajo su responsabilidad mientras se prosigue con el sumario aunque también puede decidir entregar las piezas de convicción a la policía con el fin de que continúe investigando.

Por último, decir que autores como MOLINA MANSILLA consideran que es muy importante cumplir con todos los requisitos de actuación según se ha expuesto porque en caso de que la diligencia de apertura no fuese legal las actuaciones podrían devenir nulas y con ello la prueba sería ilícita, pues la diligencia de apertura de correspondencia desprovista de garantías es nula de pleno derecho por cuanto, genera indefensión.²⁶²

²⁶¹ Así lo establece el propio art. 263 BIS en su apartado tercero, en el segundo párrafo y añadimos que si aún no pende la causa en ningún juzgado entonces la policía judicial la solicitará en el juzgado en funciones de guardia del partido judicial donde se pretenda iniciar la entrega o circulación vigilada.

²⁶² MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, op. cit... p. 25.

Entrega vigilada vs. Entrega controlada

Además debemos hacer una diferenciación entre lo que ha de entenderse por entrega vigilada y entrega controlada. La primera consiste en que las fuerzas y cuerpos de seguridad permitan que un paquete sospechoso enviado por correo postal circule mientras es vigilado hasta que llega a su destinatario, sin embargo en la entrega controlada los funcionarios policíacos también conocen la existencia de un paquete sospechoso pero en este caso son ellos mismos los que se hacen pasar por trabajadores de la empresa de transportes manteniéndose el paquete custodiado en todo momento por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado²⁶³ hasta que se entrega el paquete a su destinatario y una vez recibido el mismo, esto es, cuando se firme el albarán de entrega se procederá a la detención de dicha persona.²⁶⁴ Además, la circulación y entrega vigilada se puede realizar: hasta la interceptación de su destinatario, por ello podríamos llamarla entrega o circulación vigilada ``de destino`` o bien ``de regreso`` cuando lo que se pretende es identificar al remitente.²⁶⁵

Sobre todo ello debemos destacar varios aspectos que nos parecen importantes. En primer lugar, creemos acertado que el legislador exija a las autoridades que se fundamente dicha decisión por cuanto se trata de una medida muy peligrosa que infiere en los derechos y garantías básicas del sujeto, por otro lado supone esfuerzos y costes al Estado, y la policía judicial debe dedicar mucho tiempo y atenciones para procurar su éxito. También, por los riesgos cuando se produce la entrega de las mercancías vigiladas en la cual se puede llevar a cabo la detención de los investigados, porque tras el seguimiento ya se cuenta con indicios suficientes como para realizarla. Por lo tanto, la adopción de esta técnica de investigación sin la debida motivación debería conllevar la nulidad de la misma.

Por otro lado, que sea una resolución fundada o motivada quiere decir que en la autorización de la circulación o entrega vigilada debería contener específicamente:

²⁶³ Incluso podría encontrarse almacenado un tiempo en las dependencias de la autoridad judicial.

²⁶⁴ MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, op. cit...p.15 indica que estas actuaciones normalmente suelen estar acompañadas siempre del registro de la vivienda del detenido, por lo que lo normal es que se haya dictado previamente un auto de entrada y registro en su vivienda. Sobre ello, más profundamente BARONA VILAR, S., ``Entrada y registro en lugar cerrado (un análisis de la diligencia desde el prisma jurisprudencial y constitucional)`` en *Cuadernos de política criminal*, número 56, 1995, pp. 571-589.

²⁶⁵ Como podemos apreciar en la STS 914/2005, 11 de julio y STS 249/2004, 26 de febrero.

- Los indicios racionales de criminalidad que justifican y hacen necesaria la adopción de esta medida.
- La mercancía que se pretende vigilar, determinando en la medida de lo posible el elemento, la sustancia (su cantidad y tipo).
- También, si fuera posible, establecer los destinatarios así como los remitentes, sus motes o como se refieran a ellos los miembros de la organización criminal²⁶⁶. Es decir, los investigados, las personas cuyos derechos pueden ser vulnerados por esta técnica de investigación.

Se trata, por tanto, de una medida que ha de ser adoptada de forma completamente individualizada. Sin embargo, al autorizar nuestro legislador no solo al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal a adoptarla sino también Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores convendría que se especificara la forma procesal de la resolución en que se debe adoptar y en la cual debe quedar fundada dicha medida, porque cuando es autorizada por el Juez de Instrucción, lo más razonable es pensar que será a través de un auto al establecer la LECrim que debe estar fundada, pero para el resto de autoridades sería conveniente aclarar dicha cuestión.

Carácter internacional

Esta medida de investigación puede tener un carácter internacional, de hecho lo más usual es que lo tenga²⁶⁷, además está prevista de forma explícita en el apartado segundo y tercero del art.263 BIS de la LECrim²⁶⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO indica que estamos

²⁶⁶ Sobre esto, conviene indicar que autores como GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, op. cit...p.341 indican que además dichas personas pueden actuar bajo falsas identidades utilizándolos como instrumento del delito, identidades de menores de edad, personas inventadas o que ya hayan fallecido, también personas jurídicas o bien un apartado de correos.

²⁶⁷ Porque, como es latente, la delincuencia organizada tiene un carácter transnacional, es una de sus características más significativas y actuales sobre todo por la apertura de fronteras y los mercados internacionales así como el desarrollo de las comunicaciones.

²⁶⁸ ``2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

ante una circulación o entrega vigilada internacional cuando *“en la operación aparecen involucrados los poderes punitivos de dos o más estados”*²⁶⁹. En este punto debemos resaltar varias cuestiones:

El propio artículo establece que esta técnica de investigación cuando tiene tal carácter se debe regir por lo establecido en los tratados internacionales, luego habrá que estar actualizados a aquellos tratados internacionales a las normas internacionales que son relativas a la cooperación internacional en materia penal, como sería el caso del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal del 2000.²⁷⁰

Así, lo correcto sería que las autoridades que en primer lugar pretendan autorizar esta técnica de investigación se pongan en contacto con el resto de Estados implicados, esto es, si se descubre una mercancía ilícita, por ejemplo un alijo de droga, y se quiere activar tal medida de investigación porque se estima que va a traspasar sus fronteras, dicho Estado debería recabar la autorización del país hacia donde piensa que se moverá la droga, del Estado o grupo de Estados por el que se prevé que va a circular²⁷¹, sobre esto, conviene apuntar que autores como MONTROYA²⁷² hacen una diferenciación entre la circulación y entrega vigilada que depende precisamente del número de Estados que participen, así tenemos que, cuando solamente la mercancía vigilada trascurra desde el Estado de partida hasta otro estado que sea destino final será *“directa”*, en cambio cuando tenemos el estado desde donde parte la mercancía, otro Estado que atraviesa y cruza de nuevo fronteras hacia el Estado que será su destino final entonces estaríamos ante una circulación o entrega vigilada *“de tránsito”*. Estableciendo de esta forma que existen dos tipos diferenciados: la directa y la indirecta o de tránsito.

Además, cuando esta medida de investigación adquiere entidad internacional la detención normalmente se realizará en la frontera, en la aduana, en la estación, aeropuerto, puerto ya sea español o en el de destino o escala, por ello es crucial el buen hacer de los

3. *El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.”*

²⁶⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *“Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal”*, en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Dir. Andrés Ibáñez, P., ed. EDJ, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 66 ss.

²⁷⁰ Convenio entre los Estados miembros de la Unión Europea de asistencia judicial penal, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000.

²⁷¹ Cumpliendo de esta forma con lo previsto en los apartados segundo y tercero del art.73 del Convenio de Schengen así como con el art.12 del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal.

²⁷² MONTROYA, M.D., *“Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal”*, op. cit.,...p. 239.

funcionarios de aduanas pertenecientes al Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil (GIFA) así como al Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA)²⁷³ que son los encargados de la inspección de las mercancías de los almacenes de depósito temporal.²⁷⁴

Así las cosas, sobre el carácter internacional de la circulación o entrega vigilada también debemos destacar varias cuestiones. Porque, a pesar de que el propio artículo indique que nos debemos adecuar a lo dispuesto en los tratados internacionales, aún surgen interrogantes sobre qué legislación se debería aplicar en distintos momentos de esta práctica de investigación²⁷⁵:

- Cuando el paquete que se está vigilando debe ser abierto en otro Estado distinto de España, ya sea en el país de origen del mismo o por el que está transitando, en ese caso será de aplicación los *lex processalis fori*, de acuerdo al principio de territorialidad y por lo tanto dicha apertura estará regida por las leyes del Estado donde se produzca incluso aunque tenga como destino España y sea nuestro país el que haya autorizado dicha técnica de investigación.
- Cuando los miembros de la organización criminal sean detenidos en otro Estado distinto a España dichas autoridades están legitimadas para enjuiciar a los presuntos criminales a pesar de que el país donde se le haya detenido sea de mero tránsito, si se ha decidido proceder a su aprehensión y no existe una previa orden de detención y entrega o euroorden dictada por España se le enjuiciará de acuerdo a las normas del Estado donde se encuentre, es decir, el mero hecho de que España haya autorizado la puesta en práctica de la entrega y circulación vigiladas no supone que si se detiene en otro Estado a algún miembro de la organización criminal que esté participando en la operación y que está siendo investigado deba ser traído España para ser enjuiciado, España deberá tenerlo en cuenta a los efectos de seguir investigando la actividad de la organización criminal.
- Cuando se deben practicar las pruebas se atenderá a la legislación del Estado donde se practiquen, no se tiene que aplicar la legislación en materia probatoria española a pesar de que sea España la que haya interesado la entrega o circulación

²⁷³ Ya que desde el Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS de 14 de noviembre de 2003 tienen funciones propias de la policía judicial dependiendo, al igual que éstos del Juez de Instrucción y/o Fiscal competente.

²⁷⁴ MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, op. cit...p.14.

²⁷⁵ La doctrina y la jurisprudencia se han encargado, de nuevo, de solventarlos.

vigilada²⁷⁶, ese otro Estado debería, al menos recoger en su sumario que un juzgado Español autorizó tal actuación así como indicar unos datos mínimos que garanticen al investigado de que esa medida de investigación fue debidamente autorizada por una institución judicial. Todo ello en virtud del art.3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal.²⁷⁷

C) Debate doctrinal entorno a esta figura

Esta medida de investigación, al igual que el agente encubierto, para tratar de recoger pruebas y con ello, llegar a punir a los responsables de las actividades delictivas tan graves que son protagonizadas por las organizaciones criminales, pone en liza determinados principios del proceso penal así como derechos y garantías de los investigados.

En este sentido, cuando se procede a la apertura de la mercancía vigilada, del paquete en el que se encuentra porque la policía debe cerciorarse de que dicho paquete contiene sustancias ilícitas, se estaría limitando, afectando por dichos agentes de policía, el **derecho al secreto de las comunicaciones** art.18.3 CE en este caso postales, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros así como de los paquetes postales desde el acuerdo del TS en el 1995,²⁷⁸ a pesar de que se deban cumplir todos los requisitos en el art. 579 y ss. de la LECrim y la medida esté autorizada, así en la actualidad se acepta que este derecho, recordemos fundamental de los investigados, se vea limitado, afectado en favor a la investigación.

La situación descrita ha servido en muchas ocasiones a los letrados de los investigados llegando a calificar dichas actuaciones como operaciones administrativas al margen de la legalidad en sentido procesal porque la realidad actual es que la LECrim hoy en día en su art. 263 BIS apartado primero dota a funcionarios policías de competencia suficiente para, según su leal saber y entender, cuando estimen oportuno (porque no se fija en el propio artículo ninguna otra precisión al respecto), adopten esta medida de investigación que puede gravar diversos derechos fundamentales. A nuestro

²⁷⁶ Como podemos apreciar en la STS 247/2008, 8 de mayo y las STS 602/2003 de 30 de enero, repitiendo a la sentencia STS 1902/2002, de 18 de noviembre.

²⁷⁷ Hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.

²⁷⁸ Acuerdo de la Sala II del Tribunal supremo, del 9 de marzo de 1995. Además es una medida que se puede aplicar a sobres, paquetes, palés, contenedores etc... como indica la STS 598/2008, del 3 de octubre. Admitiendo cualquier forma de envío o transporte postal privado o público, así como medios de transporte empleados por el remitente de la mercancía, en definitiva: cualquier medio de transporte.

parecer, esto no es tanto así porque en el apartado tercero del mismo artículo se establece que los funcionarios policíacos deben dar cuenta inmediata al Juez de Instrucción (de estar ya pendiente la misma) o bien al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y no se estaría vulnerando el art. 295 de la LECrim.

Otro derecho fundamental que podría verse limitado o afectado es la **intimidad personal y familiar** art.18.1 CE también se podría ver vulnerado por la utilización de esta técnica de investigación porque este derecho protege los mensajes contenidos en las cartas, paquetes etc... porque la realidad es que todos ellos se encuentran cerrados por sus remitentes y la policía que está investigando nunca se puede asegurar al cien por cien que los paquetes que se van a vigilar solamente contengan las mercancías por las que se puede motivar la autorización de dicha medida de investigación²⁷⁹.

Por otro lado, a través de esta técnica de investigación el Estado está permitiendo que se cometa un delito, por ejemplo el tráfico de sustancias estupefacientes, para poder obtener suficientes pruebas como para enervar la presunción de inocencia de los investigados, algo que no siempre ocurre, con la circulación y entrega vigilada se corre el riesgo de que nuestra justicia permita la comisión de un delito, teniendo suficientes indicios como para proceder a la detención de los investigados y la confiscación de las mercancías²⁸⁰, esta realidad que expongo, en puridad, es contraria a los principios de interdicción de la arbitrariedad y sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico recogidos en los apartados primero y tercero del art. 9 y 103.1 de la CE y en definitiva contravienen las reglas del Estado de derecho, pero esta es su principal característica, el signo por el que se diferencia de otras diligencias de investigación: que

²⁷⁹ Hemos de señalar que la perforación o punción del paquete o envoltorio postal sospechoso para obtener una muestra de su interior al no suponer la apertura del mismo no vulneraría, al menos de la misma forma, los derechos al secreto de las comunicaciones y la intimidad, a pesar de que ello es realizado por la policía encargada de las aduanas y aeropuertos, como indica el TS desde el año 1999, lo podemos apreciar por ejemplo, en su STS 1574/1999, del 2 de noviembre y como se mantiene en posterior jurisprudencia sobre la utilización de incisión o punzamiento de paquete como 1085/2000, de 26 de junio, 793/2009, de 6 de julio, 909/2010, de 6 de octubre o STS 115/2015, 5 de Marzo.

²⁸⁰ Porque como indica MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, op. cit...p.9, uno de los requisitos formales de la adopción de esta diligencia de investigación es que la comunicación se encuentre iniciada, que el remitente le haya enviado el paquete al destinatario y que no se puede aplicar simplemente cuando el paquete es portado por el destinatario o cuando el destinatario va hacia la oficina de correos. Además, esta autora especifica lo que se ha de entender por remesas: “conjunto de cosas, especialmente mercancías, que se remiten de una vez” por circulación “el proceso que media hasta que el destinatario lo recibe o lo recoge” y por entrega “recepción de la mercancía por parte del destinatario, pudiendo realizarse físicamente en el lugar de destino o en las oficinas de la empresa que presta el servicio”

las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado sepan que se está aconteciendo un ilícito y permitan su continuación e incluso dejen escapar a los investigados del territorio nacional sobre el que los jueces españoles tendrían competencia, con el fin último de obtener pruebas para combatir la delincuencia organizada y así desarticular las grandes organizaciones criminales que actúan de manera internacional.

Además, esta medida de investigación podría llegar a vulnerar el **principio de proporcionalidad, legalidad y publicidad**. La circulación y entrega vigilada es una técnica de investigación excepcional a la que se debe acudir, como ocurre con el agente encubierto, solamente cuando no sea posible investigar y obtener pruebas a través de otros medios de investigación que puedan causar menos daños y perjuicios a los derechos de los investigados. Por ello, es necesario que la motivación de la medida esté debidamente fundamentada y motivada, con un estricto respeto del principio de proporcionalidad o de lo contrario el mismo se vería violentado y no solamente matizado o limitado por la utilización autorizada de esta medida de investigación.

Por lo que se refiere al principio de legalidad se vería limitado, afectado puesto que como se ha indicado, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como los órganos jurisdiccionales están posponiendo la aplicación de las normas vigentes para conseguir investigar aún más un supuesto ilícito. El principio de publicidad se vería en cierta medida limitado dado que la adopción de esta medida de investigación es secreta, además siempre que se trate de este tipo de investigaciones se decreta el secreto del sumario²⁸¹ y en el plenario los agentes policías que se han encargado de la práctica de la entrega o circulación vigiladas normalmente son ocultados de los imputados y se les aplica la normativa de protección de testigos y peritos.

D) Conclusiones sobre la entrega vigilada

-Cuando se autoriza esta medida de investigación el Juez de Instrucción debe dar traslado al Juzgado Decano de su jurisdicción para que lo incluya en un registro de estas resoluciones en virtud del art. 263 BIS apartado 1. El mismo registro que es exigido a la fuerza instructora que ha autorizado esta técnica de investigación, debería también ser realizado por el resto de autoridades competentes para autorizar la circulación o entrega

²⁸¹ Posponiendo el momento en que las partes pueden conocer las actuaciones para impedir que intervengan en las diligencias de investigación llevadas a cabo durante dicha instrucción como establece la STS 297/2003 de 8 de septiembre.

vigilada, proponemos que se integre en el propio artículo de la LECrim dicha obligación. Este sistema de registro también debería realizarse con los agentes encubiertos.

-A pesar de que en esta figura afín, sí que se prevé taxativamente los sujetos legitimados para autorizar la puesta en marcha de dicho instrumento procesal, en el art.263 BIS de la LECrim no se especifica sobre quiénes puede recaer la medida, ni se dice en ningún momento que pueda ser utilizada en delitos cometidos en el seno de una o varias organizaciones criminales. Consideramos que se debería añadir al cuerpo del artículo. Con ello, no pretendemos acotar la utilización de esta media de investigación únicamente al a la delincuencia organizada ni que se añada una lista *numerus clausus* de delitos como la prevista en el 282 BIS para el agente encubierto²⁸², solamente que se añada al propio cuerpo del artículo que la entrega vigilada podrá ser autorizada para investigar delitos perpetrados también por organizaciones criminales.

-En la LECrim se debería especificar que el transcurso de la medida de investigación sea documentada en actas que se remitan al Juez de Instrucción competente, así como la periodicidad con que deben ser redactadas y enviadas, con el fin de que se nutra la instrucción en curso y el Juez de Instrucción, si lo estima oportuno, acuerde cualquier otra diligencia de investigación, como por ejemplo, dicte un auto de balizamiento²⁸³.

-Esta medida de investigación normalmente tiene carácter internacional, esa circulación entre distintos Estados se puede producir a través del tráfico aéreo. Un sector doctrinal, solicita una mayor concreción y protección para las autoridades aeroportuarias así como para los pilotos de las aerolíneas comerciales de los vuelos en los que se portan sendos paquetes vigilados.²⁸⁴ La realidad actual es que los pilotos de avión rehúsan colaborar con la policía por falta información y cobertura legal, lo que denota que existe una falta de coordinación y desconfianza entre los distintos actores cuando se lleva a cabo esta operación policial, una falta de conexión con los agentes aduaneros. Todo lo cual, consideramos necesario que, como mínimo, sean informados y que se reglamente su

²⁸² Con la que, reiteramos, no estamos de acuerdo porque, la delincuencia organizada avanza muy rápido y cada vez son más y de distinto tipo los delitos que cometen las organizaciones criminales, por lo que dicha lista solo avoca a la obsolescencia mediata del artículo.

²⁸³ Que en muchas ocasiones suele acompañar a esta medida.

²⁸⁴ Un ejemplo de esta reivindicación lo podemos encontrar en ALCOLADO CHICO, M^a T., ``La cobertura legal a un procedimiento en el marco del derecho penal internacional: la «entrega vigilada»´´ *op. cit...* p. 82 y ss.

colaboración que se especifique la forma en que deben colaborar y la protección que recibirían.

- Como hemos visto, en virtud del art. 263 BIS apartado 4 se puede sustituir la droga que hubiese en el interior de los paquetes postales sospechosos, pero el legislador solamente prevé esta sustitución para las sustancias estupefacientes, pues expresamente enuncia *“la droga”*. Consideramos necesario que, en la medida de lo posible, se pudiera proceder a la sustitución de todas las mercancías o productos ilícitos sobre los que puede recaer esta técnica de investigación, con el fin de reducir riesgos de la pérdida de control o desaparición de todos ellos y no solamente de las drogas. Entendemos la preocupación de nuestro legislador específicamente por estas sustancias tan dañinas para la sociedad actual, pero con la sustitución del resto de mercancías ilícitas, creemos se confiere aún mayor seguridad a la operación policial.

-Con la utilización de esta herramienta de investigación también se ponen en juego los principios del proceso penal así como los derechos y garantías de los investigados en favor a esclarecer entramados delictivos complicados de investigar, y corremos el riesgo de pérdida, extravío o desaparición de las mercancías protagonistas por ello, como hemos expuesto, la circulación y entrega vigilada es una técnica de investigación excepcional que también limita, afecta e impacta contra los derechos y garantías de los investigados expuestos y contra los principios del proceso penal explicados.²⁸⁵

-La circulación o entrega vigilada debería extenderse no solo a los paquetes postales sospechosos de contener las mercancías indicadas en el art. 263 BIS de la LECrim sino también a las personas *“mula”* que son detectadas gracias a las medidas de seguridad en aeropuertos y fronteras. De esta forma no solamente se podrían obtener más pruebas sobre el delito de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas sino también desarticular una organización criminal que se dedique a ello y en la mayoría de los casos al tráfico de seres humanos. Con estos fines, cuando los funcionarios de la policía destinados a aduanas y fronteras detecten a través de los rayos X esta realidad, la policía presente en las aduanas que ha detectado la mercancía ilegal debería avisar al Juez de Instrucción de guardia o Fiscal de los Juzgados centrales o de la provincia en la que se encuentra el

²⁸⁵ Como ya indicaba la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1993, p.814. Y como se puede apreciar ahora en el propio art. 263 BIS de la LECrim en su apartado primero: *“Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.”*

aeropuerto con el fin de que dicte auto que autorice la circulación o entrega vigilada, los jefes o mandos superiores de las unidades orgánicas de la Policía Judicial²⁸⁶ centrales o de la provincia en la que se encuentre el aeropuerto para descubrir o identificar al mayor número de personas que se encuentren involucradas en la comisión del delito.

- En la actualidad esta medida de investigación solamente prevé la interceptación del tránsito y apertura del correo postal sospechoso²⁸⁷ sin embargo, no todos los contenidos ilícitos viajan a través de correo postal, con ello queremos decir que el proceso de digitalización al que asistimos trae consigo el cambio de entorno en la perpetración de los delitos por lo que hoy en día en los correos electrónicos también se pueden encontrar materiales ilícitos por razón de su contenido, como por ejemplo, archivos de pornografía infantil (ya sean vídeos o imágenes), proponemos a nuestro legislador que adapte esta medida de investigación a los nuevos retos tecnológicos y abogamos por una circulación o entrega vigilada virtual. Para articularla sería necesario modificar el apartado primero del art. 263 BIS para poder autorizarla cuando circulen archivos ilícitos por razón de su contenido²⁸⁸ y el apartado cuarto del mismo artículo con el fin de proceder también a la interceptación y apertura de los envíos electrónicos sospechosos de contener archivos ilícitos regulando la interceptación y apertura de los envíos virtuales sospechosos de contener en su interior archivos, imágenes o vídeos ilícitos así como la posibilidad de su sustitución por otro tipo de contenidos²⁸⁹. Se debería incluir, por ello, en el apartado 1.1 del art. 263 BIS de la LECrim estos contenidos como otra de las mercancías sobre las que puede recaer esta medida de investigación (porque realmente constituyen una mercancía pues se pagan altísimas cantidades de dinero por dichos materiales).

²⁸⁶ Como siempre, dando cuenta inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción competente sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado. Y en este caso consideramos que también sería recomendable y muy ajustado avisar a la Fiscalía especial antidroga.

²⁸⁷ Concretamente en el apartado cuarto del art.263 BIS.

²⁸⁸ Pudiendo ser esta la redacción *“El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas y archivos ilícitos por razón de su contenido.”*

²⁸⁹ Siguiendo con el ejemplo expuesto podrían ser contenidos pedófilos simulados, es decir, cuyos protagonistas tuviesen apariencia infantil pero en realidad fuesen mayores de edad, o creados mediante inteligencia artificial por la policía exclusivamente para estos fines, aunque todo esto continúe siendo poco ético.

2.3. REGULACIÓN LEGAL

Para comenzar a exponer la regulación legal de la figura procesal del agente encubierto, hemos de aclarar que en primer lugar se positivó la técnica de la infiltración policial, es decir, que los países incluyeron en sus normas la posibilidad de infiltrar a un agente de policía pero aún no se hablaba de agentes encubiertos. De esta forma se reconocía la legitimidad de la actuación de un policía infiltrado así como la licitud de las pruebas que haya obtenido con dicha actividad, pero no se referían a un agente encubierto como tal, es decir que estamos ante las primeras legitimaciones indirectas para dotar de carácter legal a las actuaciones secretas de un policía para poder tener en cuenta los medios probatorios que obtuviese, luego en primer lugar se positivó la infiltración, antes que la figura del agente encubierto²⁹⁰.

Así las cosas, en Dinamarca se introdujo la infiltración en su ley procesal en el 1986 al incluir los arts.754a-754e²⁹¹, donde los policías que realizaban la infiltración no adquirirían una identidad falsa.

En Francia se reguló la exención de responsabilidad penal a los agentes policiales que desarrollen determinadas actividades ilícitas, porque se introduce la técnica de la infiltración policial mediante la Ley 91/1294, de 19 de diciembre, de refuerzo en la lucha contra el tráfico de estupefacientes.²⁹²

En Italia a través la Legge 26 giugno 1990, n. 62; Legge 15 marzo 1991, n. 82; Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306, y Legge 3 agosto 1998, n. 269, observamos que un policía infiltrado puede investigar delitos específicos: prostitución y pornografía infantil, narcotráfico, prostitución.²⁹³

En Alemania, su ley contra el crimen organizado del 1992²⁹⁴ incorpora la figura del policía infiltrado.

²⁹⁰ De esta forma se regula de manera indirecta la actuación del agente encubierto, en normas que se referían a la infiltración policial porque, como hemos explicado anteriormente para nosotros las actividades infiltradas no son sinónimo de actividades encubiertas, pero sí que es cierto que antes de que se regulara la figura del agente encubierto observamos leyes que recogen la infiltración de funcionarios policías, por lo que el antecedente más inmediato a la regulación legal del policía o agente encubierto es la regulación de la técnica de la infiltración policial y de la figura del policía infiltrado.

²⁹¹ ``Procedure kodeks``.

²⁹² Droit 91/1294, 19 décembre, renforcement de la lutte contre le trafic de drogue.

²⁹³ Su regulación en Italia será expuesta en profundidad en el capítulo de esta tesis dedicado al agente encubierto en Italia.

²⁹⁴ Concretamente en la Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada, de 15 de julio de 1992 entró en vigor el 22 de septiembre del

En Portugal Decreto-Ley 15/1993²⁹⁵ y posteriormente en la Ley 36/1994²⁹⁶ tenemos que un policía infiltrado podía ser utilizado en los delitos de narcotráfico así como en los delitos de criminalidad económica y financiera, donde el agente encubierto podía ser un policía o no.²⁹⁷

En Suiza, en su Ley Federal sobre estupefacientes²⁹⁸ se regula una exención de responsabilidad criminal para los policías que operen infiltrados en ambientes en los que se puede estar llevando a cabo el tráfico drogas o sustancias tóxicas, concretamente se exonera de responsabilidad penal a aquellos policías que acepten una oferta de estupefacientes o tomen posesión de ellos.

Sin embargo, en países como Bélgica y los Países Bajos según ESPINOSA DE LOS MONTEROS²⁹⁹ se utilizaba la infiltración policial en los años ochenta y noventa porque estaba admitida jurisprudencialmente. Apreciamos que en Suiza, no era necesaria la autorización ni por el Juez ni por Ministerio Fiscal y se permitía la infiltración sin llegar a provocar el delito, con una actividad totalmente pasiva por parte del agente encubierto. Por su parte en Bélgica, tampoco se permitía la provocación del delito pero este medio de investigación debía ser autorizado por la Fiscalía por ser una medida subsidiaria, además la infiltración tiene que respetar el principio de proporcionalidad y solamente por periodos cortos en el tiempo y por último, en los Países Bajos también es necesaria la autorización del Fiscal permitiendo una infiltración más duradera.

En la actualidad sí que contamos con regulación específica sobre el policía o agente encubierto que realiza operaciones de infiltración en organizaciones criminales, se trata de una regulación distinta en cada Estado, donde a pesar de que existen rasgos comunes que garantizan que esta figura no se utilice de forma indiscriminada, lo cierto es que muchos autores piensan que existen demasiadas diferencias en su regulación algo que no

mismo año, en alemán ``Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992 (OrgKG)``

²⁹⁵ ``Lei de Combate à Droga`` De 22 de enero, art. 59.

²⁹⁶ ``Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira `` , de 29 de septiembre, en su art. 6.

²⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit..., pp. 47-60. También considera que en primer lugar se regularon las infiltraciones de la policía.

²⁹⁸ Concretamente el art. 23.2 ``Betäubungsmittelgesetz (BetMG)``

²⁹⁹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., ``El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español`` op, cit...p.56.

resulta en nada positivo para el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales.³⁰⁰ Veámoslo:

En primer lugar debemos reflejar en este trabajo que el agente encubierto pasó a positivarse expresamente en las leyes a medida que se incrementaban los delitos de terrorismo, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y blanqueo de capitales en Europa, perpetrados por organizaciones criminales.³⁰¹ Sin duda, al ser un medio eficaz para combatir las grandes organizaciones criminales que se dedicaban a estos delitos demandaba de una regulación para que dicha técnica pudiese ser lo más beneficiosa posible para la investigación penal al tiempo que fuese respetuosa con los derechos de los investigados.

Pues bien, empecemos centrándonos en la regulación legal actual a nivel internacional. Como decimos, la sustantivación de este instrumento de investigación vino unida a las recomendaciones, convenios y directivas europeas para intentar paliar el gran problema que estaban suponiendo las drogas y el resto de delitos enunciados en Europa. Así, en primer lugar hemos de resaltar:

2.3.1. Marco normativo internacional

A) La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988³⁰²

Se trata del tercer gran pacto junto a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961³⁰³ y a la Convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971³⁰⁴ para conseguir luchar contra un problema que no paraba de crecer en todo el mundo, el ocasionado por el delito de tráfico de drogas. En su articulado se especifican los delitos y las sanciones que deberían adoptar los Estados parte, los criterios sobre competencia para poder

³⁰⁰ como es el caso de GUZMÁN FLUJÁ, V., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal” *op. cit.*... p.14

³⁰¹ Al igual que ocurrió en EEUU donde aún se intensificó más la utilización de este instrumento de investigación tras los atentados en las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001. GUZMÁN FLUJÁ, V. C., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, En *La prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, ed. Aranzadi Navarra, 2006, p. 209.

³⁰² Aprobado en la sexta sesión plenaria de la conferencia de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, fue firmado por 191 partes (190 Estados y la Unión Europea).

³⁰³ Creada el 30 de marzo de 1961 en Nueva York, firmada 186 Estados.

³⁰⁴ Hecha en Viena el 21 de febrero de 1971, también llamado Convenio de Viena, cuenta con 184 Estados parte.

enjuiciarlos, se prevé el decomiso, la extradición, la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales, distintas formas de cooperación y capacitación, se regula la cooperación internacional y la asistencia a los Estados de tránsito. Además se pronuncia específicamente sobre la entrega vigilada, e incluso se especifican medidas para erradicar el cultivo ilegal de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas etc... en definitiva, estamos ante un verdadero tratado internacional para conseguir adoptar medidas que permitiesen reprimir la producción, posesión y/o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El Convenio de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas no regula expresamente la figura del agente encubierto pero sí que sirve para dar cobertura legal en España y el resto de países firmantes a este medio de investigación, pues insta a los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias conforme a sus ordenamientos jurídicos para luchar y acabar con el tráfico ilícito de drogas.

B) La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de diciembre del 2000³⁰⁵

Es un gran tratado internacional cuyo el objetivo es conseguir abordar el gran problema mundial de la delincuencia organizada, la corrupción y la trata de personas que se había intensificado exponencialmente con la apertura de fronteras, la economía mundializada así como las nuevas tecnologías que lo interconectan todo, en definitiva la globalización del crimen. En su propio prefacio se dice que estamos ante un instrumento para hacer frente *“al flagelo de la delincuencia como problema mundial”* fortaleciendo la cooperación internacional que es su principal propósito³⁰⁶. Está compuesto por tres protocolos: el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños³⁰⁷, el Protocolo de las Naciones

³⁰⁵ También llamada Convención de Palermo, fue aprobada por la resolución 55/25 de la Asamblea General y firmada por 196 partes.

³⁰⁶ Como podemos apreciar en su art. 1. Abordaremos también la Convención de Palermo al hablar de la delincuencia organizada, el medio de actuación del agente encubierto.

³⁰⁷ Creado el 15 de noviembre del 2000, ratificado por 176 Estados.

Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire³⁰⁸ y el Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego³⁰⁹

Pues bien, en la Convención de Palermo se introduce expresamente la utilización de la figura objeto de estudio al tratar el tema de las *“técnicas especiales de investigación”*, determinando en su art. 20.1 expresamente que: *“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”*.

C) *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Viena 31 de octubre de 2003*³¹⁰

Estamos ante otro gran pacto para hacer frente a la gran lacra que supone la corrupción a nivel internacional, porque la corrupción fortalece la delincuencia organizada, el terrorismo, el delito de trata de seres humanos etc... provocando efectos que devastan a las sociedades modernas, por ello la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción se presenta como otro instrumento para también hacer frente a este *“flagelo mundial”* con el mismo la comunidad internacional está decidida a impedir la corrupción complementando a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ofreciendo un nuevo marco para la acción eficaz y la cooperación internacional. La Convención contiene normas, reglamentos y medidas que pueden aplicar todos los Estados con el objetivo reforzar sus regímenes jurídicos para luchar contra la corrupción.³¹¹

En la misma debemos destacar especialmente su art. 50.1 dice expresamente: *“A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo*

³⁰⁸ Creado el 15 de noviembre del 2000, ratificado por 153 Estados.

³⁰⁹ También creado el 15 de noviembre del 2000, ratificado por 150 Estados.

³¹⁰ También llamada Convención de Mérida, fue aprobada por la resolución 58/4 de la Asamblea General y firmada por 168 partes.

³¹¹ Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Viena 31 de octubre de 2003.

permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales’’ por lo que en dicha convención se fija la posibilidad de adoptar la infiltración como medio especial de investigación de la corrupción. Además, en ese mismo artículo pero en su apartado segundo se alienta a los Estados a celebrar acuerdos o arreglos bilaterales para poder utilizar esas técnicas especiales de investigación entre las que encontramos la figura del agente encubierto.

Autores como ALCOLADO CHICO³¹² echan en falta una mayor concreción, en el sentido de que no se establecen unas condiciones materiales comunes sobre los requisitos necesarios para poder adoptar esta medida, dejando esto al arbitrio de cada Estado, lo que ocasiona y efectivamente produjo discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos-penales de los países. Todo ello, sin lugar a dudas entorpece la cooperación penal internacional y coincidimos con este autor pero también pensamos que quizá esa falta de concreción aporta más flexibilidad y facilidad a los Estados para adoptar esta medida, algo que en aquel momento quizá fuese necesario.

2.3.2. Marco normativo europeo

A) El Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, creado en Bruselas el 18 de diciembre de 1997³¹³

Su objetivo es regular formas especiales de cooperación que comprendan acciones transfronterizas para prevenir, investigar y perseguir determinadas infracciones tanto de la legislación nacional de los Estados miembros como de la normativa aduanera comunitaria.

³¹² ALCOLADO CHICO, M^a T., ``La evolución hacia la moderna funcionalidad del “agente encubierto”: incidencia de las nuevas reglas de la ley de enjuiciamiento criminal’’ en *Revista jurídica de Asturias*, número 39, 2016, pp.20-21.

³¹³ También llamado Convenio de Nápoles.

Se ocupa en su art. 23 por primera vez de las ``Investigaciones encubiertas`` y se hace mención expresa de esta labor de investigación al establecer una serie de formas especiales de cooperación entre las que figura, como decimos en el art. 23, las investigaciones encubiertas, el tenor literal del artículo dice: *``A petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida podrá autorizar que operen en el territorio del Estado miembro requerido funcionarios de la Administración aduanera del Estado miembro requirente o funcionarios que actúen por cuenta de dicha Administración, con identidad supuesta (investigadores infiltrados). La autoridad requirente sólo presentará la solicitud en el caso de que fuera extremadamente difícil aclarar los hechos sin proceder a las medidas de investigación consideradas. Los funcionarios mencionados estarán autorizados, en el marco de su misión, a recoger información y establecer contactos con sospechosos u otras personas del entorno de los sospechosos. 2. Las investigaciones encubiertas en el Estado miembro requerido tendrán una duración limitada. La preparación y dirección de las investigaciones se realizará en estrecha cooperación entre las autoridades correspondientes del Estado miembro requerido y del Estado miembro requirente. 3. La autoridad requerida determinará, de acuerdo con su Derecho nacional, los requisitos de autorización de la investigación encubierta, así como las condiciones en las que ésta se realizará. Cuando en el transcurso de una investigación encubierta se obtenga información sobre una infracción distinta de la indicada en la solicitud original, la autoridad requerida también determinará, de acuerdo con su Derecho nacional, las condiciones de utilización de esa información. 4. La autoridad requerida prestará la asistencia necesaria tanto de personal como de medios técnicos. La autoridad requerida asumirá todas las medidas de protección de los funcionarios a que se refiere el apartado 1 cuando éstos operen en el Estado miembro requerido. 5. Todo Estado miembro podrá declarar, con ocasión del depósito de su instrumento de adopción del presente Convenio, que no está vinculado por el presente artículo o parte del mismo. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento``*.

La mayoría de los autores³¹⁴ consideran que las operaciones encubiertas tienen su origen legal en este texto, estiman que dicho artículo 23 es la primera verdadera regulación legal de esta figura. También podemos observar la regulación de otras

³¹⁴ Como es el caso de ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. Z., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit... p.25.

instituciones para combatir la delincuencia organizada como son la entrega vigilada, los equipos comunes de investigación y la vigilancia transfronteriza.

Más adelante en el tiempo se dictó el:

B) El Convenio entre los Estados miembros de la Unión Europea de asistencia judicial penal, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000³¹⁵

Con este acuerdo se busca mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, se pretende que la asistencia judicial entre dichos Estados se desarrolle con rapidez y eficacia respetando siempre los principios fundamentales de la legislación de cada Estado y por supuesto los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sus habitantes. Complementa y se basa en su antecedente, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959³¹⁶.

Así las cosas, observamos que la figura del agente encubierto podría ser utilizada en virtud del Convenio europeo de Asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 gracias a su art. 3.1 *“La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias expedientes o documentos.”* y de la memoria que explica el convenio³¹⁷ el objeto de la comisión rogatoria puede ser la infiltración de un agente encubierto en un determinado Estado, luego el Convenio europeo de Asistencia judicial en materia penal del 1959 no lo prevé expresamente pero sí que se podría interesar su utilización a través del art. 3.1, como se ha expuesto.³¹⁸

Centrándonos de nuevo en el Convenio entre los Estados miembros de la Unión Europea de asistencia judicial penal, hecho en Bruselas el 29 de mayo del 2000 establece los procedimientos en los que se prestará asistencia judicial art. 3, los trámites y

³¹⁵ Celebrado por el consejo de conformidad con el art. 34 del tratado de la Unión Europea.

³¹⁶ Complementado por el Protocolo Adicional de 1978 y el Protocolo Adicional de 2001.

³¹⁷ En la cual se señala expresamente que la comisión rogatoria es “el encargo dado por la autoridad judicial de un país a una autoridad judicial extranjera para que practique en su lugar una o más diligencias concretas”

³¹⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Módulo II, Tema 4, *“El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959”*, Ed. Red Europea de Formación Judicial (REFJ), Madrid, 2013, p.23.

procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial art.4, regula el envío y notificación de documentos procesales art. 5, la trasmisión de las solicitudes de asistencia judicial art.6, el intercambio espontáneo de información art.7. Dedicar su Título II a las solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia judicial: la restitución art.8, el traslado temporal de detenidos con fines de investigación art. 9, las audiciones por videoconferencia y por conferencia telefónica art. 10 y 11, también herramientas de investigación como podemos observar en su art. 12 sobre las entregas vigiladas y en el art. 13 sobre los equipos conjuntos de investigación, en este mismo título encontramos la regulación específica sobre el agente encubierto:

Efectivamente, en su art. 14.1 se pronuncia específicamente sobre las actividades encubiertas, determinando que los Estados pueden colaborar para investigar delitos mediante agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa determinando que las mismas son investigaciones encubiertas, además este convenio regula las operaciones encubiertas de forma abierta para que puedan ser utilizadas en la investigación de cualquier delito que se sospeche se esté preparando o perpetrando en una organización criminal y no solo para investigar las operaciones aduaneras.

Su importancia estriba en que proporciona una regulación específica de las operaciones encubiertas internacionales, pues establece la posibilidad de que los Estados acuerden la infiltración y por ello que los agentes policíacos también puedan estar exentos de responsabilidad en el Estado donde esté actuando el agente encubierto si así lo prevé su legislación, como si fuera un nacional del Estado donde se celebre el proceso, en virtud de este convenio los funcionarios de un Estado que sean autorizados a actuar en territorio de otro serán beneficiarios de las reglas de exención de responsabilidad como si fueran agentes nacionales, art.14.2 y 3.

Debemos atender especialmente al resto de apartados del art.14 que establecen que este tipo de investigaciones se van a realizar de acuerdo a los procedimientos y la legislación del Estado en que se lleven a cabo pero que tanto el Estado solicitante como el Estado en que se está llevando a cabo la investigación tienen que colaborar para garantizar la preparación y supervisión de la investigación, garantizando la seguridad de los agentes encubiertos. Aunque nos parece que el apartado cuarto del art. 14 supone un paso atrás en la regulación del agente encubierto porque en virtud del mismo aunque un Estado haya firmado este convenio puede negarse a utilizar esta medida de investigación. Porque, a la luz de dicho apartado el Estado miembro podrá declarar, al efectuar la

notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que no está vinculado por el presente artículo. Y esto perjudica enormemente a las investigaciones complejas que solo podrían continuar con la utilización de un agente encubierto.

A pesar de lo anterior, creemos que este Convenio es de capital importancia ya que implica una actividad de verdadera colaboración entre los distintos Estados con el fin de preparar y supervisar la investigación así como para garantizar la seguridad de los agentes, pasando por la duración de la infiltración, las condiciones y el régimen jurídico de los policías que debe quedar reflejado en el acuerdo al que lleguen los Estados implicados respetando sus legislaciones. Y como adelantábamos, en su art. 15, se regula la responsabilidad penal de los funcionarios que protagonicen las actividades encubiertas estableciendo que mientras operen en un Estado miembro se les aplicarían las legislaciones del Estado en que se lleve a cabo la operación, como dijimos, tratándolos como funcionarios de ese mismo Estado cuando sufran o cometan alguna infracción.

Por último, en el Título III regula la intervención de telecomunicaciones especificando las autoridades competentes para ordenarla, art. 17, las propias solicitudes en su art. 18, la intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios y la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro en sus arts. 19 y 20. Finalmente, los artículos contenidos en último título el IV, se dedican a la protección de datos de carácter personal.

C) La recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios y directrices en la lucha contra el crimen organizado de 2001³¹⁹

Es importante resaltar que en el 2001 el Comité de Ministros del Consejo de Europa dicta una recomendación sobre los principios y directrices en la lucha contra el crimen organizado. La cual determina que *“deben desarrollarse nuevos métodos de trabajo policial que muden su foco de atención de una policía reactiva (reactive policing), a una policía proactiva (proactive policing), incluyendo el uso de inteligencia estratégica y análisis del crimen”* lo que también tiene relación con la figura del agente encubierto. Porque en esos nuevos métodos de trabajo policial así como la inteligencia estratégica y

³¹⁹ Con número 765/10.3-f de 2001, CM/Del/Dec(2001)765/10.3-f. “European Committee on Crime Problems (CDPC) f. Draft Recommendation Rec(2001) of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organised crime.”

el análisis del crimen encaja perfectamente el desarrollo de la figura del agente encubierto y la reglamentación de su actividad encubierta.

Posteriormente en el tiempo, también encontramos:

*D) La Directiva sobre la Orden de Investigación en materia Penal de 1 de mayo de 2014*³²⁰

Se trata de una norma internacional que regula un instrumento de cooperación judicial penal para los Estados miembros de la Unión Europea: la orden de investigación en materia penal. Supuso un gran avance en cuanto a prueba transfronteriza en la Unión Europea en cuanto a asistencia mutua en materia probatoria creando un sistema para que las autoridades de un Estado puedan solicitar la práctica de medidas de investigación a las autoridades de otro Estado sin que se tenga que interesar una comisión rogatoria o utilizar el sistema del exhorto europeo de obtención de prueba. Con esta directiva se pretendía crear un sistema basado en el principio de reconocimiento mutuo y para muchos supuso un verdadero cambio de paradigma en cuanto a la prueba transfronteriza. Ha generado cambios en los modelos de investigación, en las garantías procesales y en definitiva, en el derecho probatorio de los Estados.³²¹

Así, en su Capítulo IV sobre disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación podemos encontrar el art. 29 dedicado específicamente a las “*investigaciones encubiertas*” en el cual se establece que se puede emitir una orden europea de investigación para que los agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas), puedan realizar actividades de investigación penal art.29.1, además establece que en la propia orden europea de investigación se deben explicar las razones que motivan la actuación encubierta y que la decisión sobre el reconocimiento y ejecución de dicha orden será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución basándose en su Derecho interno y en sus procedimientos

³²⁰ Diario Oficial de la Unión Europea DOUE núm. 130, fue traspuesta por España a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de Investigación.

³²¹ A la luz de ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza” en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Dir. González Cano, M^a I., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 297-326 y DE HOYOS SANCHO, M., “Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación”, en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Dir. González Cano, M^a I., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595-632.

nacionales art.29.2. En el apartado tres del mismo art. 29 se fijan motivos específicos de denegación del reconocimiento y ejecución de las órdenes en las que se interese la utilización de un agente encubierto que, además de las previstas en el art. 11 podrán ser: cuando la realización de investigaciones encubiertas no estuviera autorizada en casos internos similares o no se ha podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas. Y por último, se establece que las normas que se deben aplicar a las operaciones encubiertas son las del Estado donde se estén llevando a cabo, se someterán a sus procedimientos y serán las autoridades de dichos Estados las que acuerden la duración así como las condiciones concretas.

2.3.3. Marco normativo español: pasado, presente y futuro

A) Pasado y presente

Antes de comenzar a escribir sobre la regulación de esta figura específicamente en España, tenemos que apuntar sobre la misma, como hemos podido apreciar en el anterior apartado, que, muchos Estados se anticiparon a la regulación de la infiltración policial, para la investigación del crimen organizado, como hemos descrito, algunos lo hicieron de manera expresa, en otros se deducía de otras normas, y en otros, como fue el caso de España el reconocimiento solo se hacía de manera jurisprudencial, hasta que muy posteriormente el legislador español decidió legislar esta materia. Por ello, nos encontramos ante una regulación en cada Estado diversa a pesar de referirse a una misma figura, se ha abordado de formas distintas en las legislaciones de los distintos Estados a pesar de que hablamos siempre de un funcionario policía autorizado judicialmente que se infiltra en una organización criminal tratando de realizar averiguaciones sobre los delitos que supuestamente se están cometiendo. Concluamos afirmando que los Estados han regulado de forma heterogénea, directa o indirectamente la misma, como se ha expuesto.

Con respecto a la situación normativa en España, antes de que el agente encubierto tuviese cobertura legal, la jurisprudencia acuñó esta figura porque al aumentar la delincuencia organizada en España así como el terrorismo, cada vez se utilizaba con más asiduidad este medio de investigación y con ello, los procesos en los que existía un agente encubierto. Por lo que regular esta figura era de capital importancia ya que los letrados siempre trataban de atacar a la validez de la información recabada por dichos policías. Existen autores que ponen de manifiesto que, cuando el agente encubierto no estaba

debidamente normatizado ``los abogados de las defensas se frotaban las manos al observar cómo los agentes de Policía o Guardia Civil se infiltraban en una organización criminal haciéndose pasar por delincuentes, con apodos o nombres supuestos, con el objeto de ganarse la confianza de los grupos criminales.’’³²²

Así las cosas, citemos algunas sentencias anteriores a la regulación legal del agente encubierto como la STS 1570/1984 de 15 de noviembre³²³, también las SSTS 1828/1992, de 4 de marzo y 4796/1993, de 2 de julio, entre otras, en las que el alto tribunal habla de provocación del delito³²⁴, así es como entra en la jurisprudencia esta figura y se admite la utilización del agente encubierto como medio de investigación para descubrir los delitos que supuestamente se estén perpetrando en una organización criminal siempre y cuando la actuación del agente policía no provoque el delito.

También hemos de destacar la sentencia del TC 11/1983 de 21 de febrero en la que dicho tribunal ya admite la infiltración policial, a pesar de no existir regulación expresa³²⁵, de hecho el TC está a punto de pronunciarse sobre los agentes infiltrados³²⁶.

Incorporación del Agente encubierto en la LECrim

A la vista del reconocimiento y admisión de la figura del agente encubierto por la jurisprudencia española, la misma se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico en el

³²² Como podemos observar en ESTARELLAS Y LÓPEZ, J.C., ``El agente encubierto contra el crimen organizado’’ en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Coord. Magaz Álvarez, R., ed. Instituto Universitario general Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid, 2012, p. 337.

Además en los años 80, antes de que el Tribunal Supremo sentara doctrina sobre el delito provocado, muchos abogados defensores esgrimían este argumento, determinando que la actuación del agente policía había sembrado en sus clientes la voluntad de delinquir, consiguiendo en muchos casos el convencimiento judicial a su favor.

³²³ En la cual establece que ``las fuerzas policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndoles y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la Ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención.’’ Como ya se expuso.

³²⁴ De la provocación del delito se hablará profundamente posteriormente en esta tesis puesto que se trata de uno de los límites de actuación del agente encubierto.

³²⁵ En la que, en puridad se habla de detectives secretos o agentes y colaboradores de la CIA, el TC se refiere a la infiltración.

³²⁶ El Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido recabar para sí el conocimiento de un recurso de amparo sobre la actuación de los agentes infiltrados en investigaciones penales y su admisión a trámite por considerar que plantea una cuestión que afecta a derechos fundamentales sobre la que no existe jurisprudencia constitucional. Como anunció en su NOTA INFORMATIVA N° 48/2022.

1999, cuando la Ley Orgánica, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves³²⁷, incorporó el apartado BIS al art.282 de la LECrim dedicado a la policía judicial alojado en la actualidad en el Título III “De la Policía Judicial”, en el Libro II dedicado al Sumario.

Sobre dicha Ley Orgánica, debemos destacar varias cuestiones:

La gestación parlamentaria de la misma no fue excesivamente convulsa, como podemos apreciar en los diarios de las sesiones del Congreso y el Senado del 1998, destacar que de las intervenciones de los grupos y partidos en la sesión número 51³²⁸ coinciden en que hay que combatir la delincuencia organizada con mayor eficacia y mejores instrumentos, más eficaces.

El grupo Convergencia y Unió puso de relieve que era necesario regular este tipo de técnicas de investigación³²⁹ y también destacan que ya sí que están de acuerdo con lo referido a la autorización del agente encubierto, porque en un primer momento el Fiscal podía autorizar la actuación de un agente encubierto sin dar cuenta al Juez de Instrucción otorgándole potestades instructoras de las que el Ministerio Fiscal carece³³⁰ y se modificó para que quedase como actualmente lo observamos en el art. 282 BIS donde el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar como agentes encubiertos.

Es resaltable también que el partido socialista presentó una enmienda en el Senado la cual fue aceptada. Dicha enmienda, consistía en dotar de carácter voluntario a las investigaciones encubiertas, es decir, que los funcionarios policías pudiesen elegir

³²⁷ En virtud a su art.2. Conviene apuntar que esta ley se basa en la forma de regular las operaciones encubiertas en países como Reino Unido o los EEUU y por ello hace que España tuviese una regulación en cuanto a las operaciones encubiertas semejante a éstos.

³²⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 507, sesión n° 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998, p. 14630 y ss. En la que también se habla de las modificaciones del art.263 BIS LECrim sobre la entrega vigilada, que dicho sea de paso, también podría llevar a cabo el agente encubierto en el transcurso de su operación.

³²⁹ Refiriéndose a los confidentes, expresamente: “*lo que habría que garantizar es que el mismo tratamiento que aquí se prevé para el agente encubierto se dé a esas personas que podríamos denominar infiltradas o encubiertas sobrevenidas, porque siempre han estado en el seno de esas organizaciones.*” Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 507, *op.cit.*...p.14632.

³³⁰ Y carece, porque aunque existan deseos de que el Ministerio Fiscal sea quien instruya aún no es posible, como también puso de relieve en la misma sesión el Grupo Parlamentario mixto “*No dar cuenta al juez de instrucción por parte de los funcionarios nos parece que es quitar un control judicial y empezar a hacer como una instrucción paralela al ministerio Fiscal que no es todavía la que está en nuestro ordenamiento jurídico*”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 507, *op.cit.*... p. 14630.

protagonizar dichas funciones, para que no sea impuesta la actividad de agente encubierto. El resto de partidos secundaron dicha propuesta dado el carácter tan peligroso que tiene la infiltración en una organización criminal³³¹ salvo el Grupo Catalán Convergencia e Unió que no estaba de acuerdo con que la no obligatoriedad quedase reflejada en el propio art.282 BIS porque consideraban más correcto que se incluyese en la normativa funcionarial y no en la propia LECrim, aun así manifestaron que tampoco pasaría nada si no fuese aceptada.³³² quedando finalmente reflejado en el texto del art. 282 BIS LECrim apartado 2 párrafo segundo que *“ningún funcionario de la policía judicial podría ser obligado a actuar como agente encubierto”*.

Por otra parte, el grupo Parlamentario Popular también presentó una enmienda con el objetivo de suprimir el párrafo segundo del artículo 2.3 de la proposición de ley, para que se unificara en un único párrafo, la misma fue aceptada quedando el párrafo tercero del artículo 2.1³³³ como actualmente observamos en la LECrim *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”*³³⁴

De esta forma, el 1 de diciembre de 1998 esta Ley Orgánica para reformar la LECrim fue aprobada finalmente en el Congreso de los Diputados. Y con ello, algunos autores consideran que la introducción del agente encubierto en nuestro ordenamiento jurídico supone que los ciudadanos asuman como posible la presencia oculta del poder público en entornos privados, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad³³⁵. La reforma de la LECrim acaecida por la LO 5/1999 que introdujo el art.282 BIS de la LECrim suponen la regulación legal e independiente de un medio de investigación que efectivamente venía usándose en la práctica, se encontraba justificada

³³¹ Cuestión que a nosotros nos parece del todo razonable por varias cuestiones, destaquemos aquí que no todos los funcionarios policíacos que pudieran protagonizar actividades encubiertas en virtud de su cargo, estarían dispuestos a correr tantos riesgos y también porque no todos ellos quizá cuenten con las características personales apropiadas para vivir en una ficción tan peligrosa. Sobre todo ello, con mayor profundidad consultar el apartado *“Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas”* de esta misma tesis.

³³² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, *op.cit...*p. 14631.

³³³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, *op.cit...*p. 14635.

³³⁴ Art.282 BIS apartado 1 tercer párrafo.

³³⁵ Tal es la opinión de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, *op. cit...* p. 6 que compartimos, añadiendo que desde el momento de su regulación los ciudadanos aceptan dicha realidad contando con más certezas y garantías que anteriormente.

por la jurisprudencia y estaba amparada en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo que, en este caso, justificaba la actuación de los agentes de policías.

Gracias a esta ley también se modifica el art.263 BIS de la LECrim sobre la entrega vigilada³³⁶ para extenderla también a otras formas de criminalidad organizada, más allá del tráfico de drogas. Además se delimita el concepto de ``delincuencia organizada``.³³⁷

En conclusión, gracias a esta ley el agente encubierto entra en la LECrim, proporcionándole la tan necesaria regulación legal en el art.282 BIS en el que se prevé que un funcionario de la policía judicial adquiriera una identidad supuesta para actuar en las operaciones relacionadas con la delincuencia organizada, pudiendo mantener dicha identidad falsa durante el posterior proceso y se le faculta a utilizar medios complementarios de investigación siempre con la debida autorización judicial o fiscal.³³⁸

³³⁶ Como ya se expuso en el apartado referente a las figuras afines de esta tesis.

³³⁷ En el art. 2 de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves para que quedase reflejado en el art. 282 BIS LECrim en su apartado cuarto.

³³⁸ Concretamente, el art.282 BIS tras la modificación acaecida por dicha Ley en el 1999 albergaba el siguiente tenor literal:

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

Además, especial mención merece la LOPTP gracias a la cual se le otorgan unas medidas protectoras durante el proceso³³⁹, aunque, hemos de mirarla como lo que es, una ley desfasada y que no se ajusta a la realidad actual, a la peligrosidad de las organizaciones criminales ni a las nuevas amenazas virtuales tan vigentes en la sociedad en que vivimos.

Modificaciones de la LECrim sobre el agente encubierto

Debemos resaltar que algunas modificaciones penales, del propio CP han afectado a la regulación del agente encubierto, modificando el art. 282 BIS LECrim. En el año 2003, a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP la misma, a través de su disposición final 1.1.a) hace que el agente encubierto pueda investigar otro delito, en este caso los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 CP añadiéndolo a la letra d) y reordenando las antiguas letras, de modo que los antiguos párrafos d), e), f), g), h) i), j) y k) de este apartado pasan a ser los párrafos e), f), g), h), i), j), k) y l), respectivamente.

Así las cosas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal reforma el apartado 4 a través de su disposición final primera apartado dos. Modificando de esta forma los delitos que puede investigar el agente encubierto, específicamente los amplía, porque la delincuencia

d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.

i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.

k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad

con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.”

³³⁹ Cuestión que abordaremos profundamente en los siguientes capítulos de esta tesis.

avanzaba y se habían producido cambios en el CP que debían cohererse con nuestra norma procesal penal. Así, se añaden al apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim los delitos: de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 BIS del CP, el delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 BIS del CP y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 BIS del CP.

Por último, hemos de centrarnos en la modificación que se produce en el art.282 BIS en el 2015 por la que se integran en la LECrim los apartados referentes al agente encubierto informático.

Se aprueban dos proyectos de Ley (uno de Ley Orgánica y otro de Ley Ordinaria) que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de agilizar la justicia penal, fortalecer las garantías procesales del investigado, establecer un nuevo marco procesal del decomiso y regular las medidas de investigación tecnológica. Y es que la regulación del agente encubierto informático era una cuestión capital, como podemos observar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X legislatura, 3 de octubre de 2014 concretamente en la ponencia conjunta de estudio sobre los riesgos derivados del uso de la Red por parte de los menores, en el que la gran mayoría de los comparecientes defendieron esta nueva medida de investigación. Podríamos destacar que se llegó a la conclusión de que esta nueva figura *“es una técnica necesaria para hacer frente a la asimetría de la ciberdelincuencia, para poder ascender, por ejemplo, en la pirámide que representan los intercambios de archivos de pornografía infantil, más allá de las redes «peer-to-peer» y acceder a los ámbitos ocultos donde tienen lugar los intercambios de contenidos más violentos y graves”*³⁴⁰,

Pues bien, centrándonos en la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento

³⁴⁰ Sobre todo ello, consultar también el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-modificacion-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-para-la-agilizacion-de-la-justicia-penal-el-fortalecimiento-de-las-garantias-procesales-y-la-regulacion-de-las-medidas-de-investigacion-tecnologicas> consultado por última vez el 23/12/2023.

Así como el el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Disponible en <http://pdfs.wke.es/2/2/7/8/pd0000102278.pdf> consultado por última vez el 23/12/2023.

de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica tenemos que el principal objetivo que perseguía dicha reforma era actualizar la LECrim para luchar contra las nuevas formas de delincuencia tecnológica, tan habitualmente utilizadas hoy por las grandes organizaciones criminales. Con dicho espíritu, se establecen unos principios comunes a todas las nuevas medidas de investigación: principio de idoneidad, principio de especialidad, principio de proporcionalidad y principio de necesidad etc... Además, se ponen a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad nuevos métodos tecnológicos de investigación para el descubrimiento y averiguación de hechos delictivos como: los registros remotos sobre equipos informáticos art. 588 SEPTIES y ss., los registros de almacenamiento masivo de información art. 588 SEXIES y ss., la utilización de dispositivos técnicos para la captación de imagen, localización y seguimiento art. 588 QUINQUIES y ss., la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos art. 588 QUATER y ss. Y específicamente sobre el agente encubierto dicha Ley Orgánica establece la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones previa autorización judicial.

Todo lo cual, gracias a la modificación acaecida en la LECrim en virtud de esta Ley, tenemos que se añaden los apartados 6 y 7 al art.282 BIS quedando reguladas las materias descritas *supra*.³⁴¹

Lo principal, para nosotros es que regula específicamente el agente encubierto informático determinando que precisa de autorización judicial para irrumpir en los canales cerrados de comunicación en la red y establece que se necesita autorización específica con motivación separada y suficiente para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

³⁴¹ Concretamente la Ley 13/2015, establece que se añaden dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 BIS con la siguiente redacción:

“6. El juez de Instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

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.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.”

Así las cosas, observando el plano legislativo en el que se encuentra este medio de investigación concluimos este apartado pensando que:

El agente encubierto a nivel internacional cuenta con una regulación muy heterogénea porque en cada Estado es distinta, es cierto que se han creado normas internacionales que albergan expresamente dicha figura y que tratan de servir de continente con un espíritu unificante pero, los Estados de la UE se encuentran muy lejos de proporcionar una regulación armoniosa o, al menos, que proporcione unas garantías comunes mínimas necesarias tanto para los agentes policíacos que protagonizan las operaciones encubiertas (que cada vez tienen más carácter internacional) así como para los enjuiciados.

B) Futuro: el agente encubierto en el Anteproyecto de LECrim de 2020

El anteproyecto de LECrim del 2020 ya habla específicamente en su exposición de motivos sobre el agente encubierto, en concreto en el apartado XLVI sobre “las investigaciones encubiertas” y en el apartado XLVII sobre “El agente encubierto”, en dichos apartados de la exposición de motivos el legislador del anteproyecto pone de manifiesto cuestiones que nos parecen muy interesantes, establece específicamente que “se acepta el sacrificio parcial del derecho a la intimidad” cuando se investigue con agentes encubiertos.

En el anteproyecto de LECrim del 2020 el objetivo de esta diligencia de investigación, sigue siendo aportar al proceso penal datos suficientes como para acreditar los delitos que se estuvieren cometiendo³⁴² y por eso especifica que la realidad actual es distinta a la lista de delitos del art.282 BIS y que gracias a la LO 5/2010, de 22 de junio, existe en nuestro ordenamiento una noción penal aceptada de delincuencia organizada que es donde va a actuar el agente encubierto. El legislador del anteproyecto especifica que el agente encubierto podrá investigar los delitos graves perpetrados por las organizaciones criminales así como solamente por los grupos criminales terroristas³⁴³,

³⁴² Como podemos apreciar desde la misma exposición de motivos, al expresar “la función de esta diligencia de investigación encubierta ha de ser la de aportar al proceso penal los datos necesarios para acreditar los elementos constitutivos de los delitos de organización criminal”.

³⁴³ Si la organización criminal perpetra delitos menos graves, deberá reunir alguna de las circunstancias fijadas en el artículo 570 BIS apartado 2 del CP (presentar una especial complejidad o peligrosidad), por lo que no se puede autorizar la infiltración de un agente policía en una organización criminal que se dedique a cometer delitos leves.

por lo que se establece otra forma de delimitar el ámbito de actuación del agente encubierto, algo que tantas voces de la doctrina solicitaban.

También el legislador del anteproyecto de LECrim en la exposición de motivos se detiene en especificar en qué consisten las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación estableciendo que pueden consistir en la utilización de una identidad supuesta para acceder a comunicaciones mantenidas en dichos canales así como en la grabación y obtención de imágenes en las comunicaciones con la persona que se investiga. Además, prevé la posibilidad de que las operaciones encubiertas que se están desarrollando en el entorno virtual, en la red, en dichos canales cerrados de comunicación puedan trascender al plano físico, y que si dicha situación tuviere lugar en el transcurso de la operación, se le deberá aplicar al agente policía que la protagonice, el mismo régimen que al agente encubierto tradicional. Pero aquí desaprovecha la oportunidad de conceptualizar expresamente lo que debemos entender por canal cerrado de comunicación en la red, algo que, como veremos, solicitan muchas voces en la doctrina.

El legislador sí que especifica que la esencia de esta diligencia de investigación sigue siendo la misma. Pero hemos de destacar que el agente encubierto no tiene que solicitar autorización judicial para poder acceder a un domicilio cuando ha obtenido previamente el consentimiento de su morador justificándolo en que el propio agente encubierto supone una injerencia, una intromisión en el derecho a la intimidad de los investigados, pero que no ocurre lo mismo en las investigaciones en las que se proceda a la interceptación de las comunicaciones en las que sí que es obligatoria la previa autorización judicial del nuevo Juez de Garantías previsto en el anteproyecto de LECrim del 2020 que describimos.

Pues bien, el cuerpo del anteproyecto, dedica un título, concretamente el séptimo a las investigaciones encubiertas, donde en su capítulo II se trata específicamente cuestiones relativas al agente encubierto y el siguiente, el capítulo III se regulan las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación. En total son ocho artículos los que se dedican a esta materia en el referido anteproyecto, del 500 al 508.

Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas en el ALECrIm

En cuanto a su ámbito de aplicación, previsto en el art.500, coincide con el actual art. 282 BIS en que siguen siendo los funcionarios de la policía judicial los agentes que pueden ser autorizados para protagonizar las actividades encubiertas. En el mismo

artículo se prevé los casos en los que puede actuar el agente encubierto, dejando atrás como señalábamos anteriormente la lista *numerus clausus* de delitos que actualmente podemos apreciar en el vigente art.282 BIS LECrim. Incluso en el apartado cuarto del art.500 que analizamos se prevé la posibilidad de que el agente encubierto extienda su investigación a los delitos que la organización investigada pueda haber cometido en el pasado, no solamente a los que esté cometiendo o se estén preparando cometer en el momento de la infiltración, luego el campo de actuación de este medio de investigación se expande sobremanera con esta nueva regulación. Además, se prevé la posibilidad de que sea el agente encubierto el que porte la *notitia criminis* y que el Fiscal de cuenta de ello, adquiriendo el valor de denuncia.

Se establece expresamente en el anteproyecto, en el apartado quinto de este mismo artículo su carácter totalmente excepcional, algo que no apreciamos en el propio texto del actual art.282 BIS de la LECrim, algo que nos parece importante ya que se trata de un medio de investigación peligroso, complejo, que ocasiona grandes gastos al Estado y que en muchas ocasiones limita con la vulneración de los principios del proceso penal así como de los derechos y garantías de los sospechosos y acusados.

Pues bien, en el art. 501 al igual que en el art.282 BIS apartado dos se establece que no se puede obligar a ningún funcionario policía a ser agente encubierto, pero en el anteproyecto además se especifica que los particulares no pueden actuar en ningún caso como agentes encubiertos y que los confidentes y arrepentidos no pueden tener la consideración de esta figura.

Solicitud y autorización del agente encubierto en el ALECrím

En el anteproyecto de LECrim también refleja que el agente encubierto puede ser autorizado por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez de instrucción art. 502 además, se especifican los contenidos que ha de tener la misma, algo que tampoco se establece en el art.282 BIS y también en este artículo del Anteproyecto se añade que será el Fiscal el que debe decretar el secreto total o parcial y la formación de una pieza separada.

Sobre la resolución judicial por la que se autoriza la utilización de un agente encubierto observamos, que en el art. 503 se especifican los puntos que deben ser tratados en la misma oyendo de esta forma, otra de las peticiones de la doctrina, en una cuestión

que ha ido aclarando la jurisprudencia, pero que, sin duda tenía que quedar debidamente regulada en la Ley³⁴⁴ porque en la actualidad nada se dice sobre el contenido y características del auto por el que se autoriza la utilización del agente encubierto a pesar de que el TC haya fijado un deber de motivación reforzado para el caso de resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales³⁴⁵. Sin embargo, echamos de menos que en el propio artículo se fije la forma procesal que ha de adoptar dicha autorización, en la regulación actual proporcionada por el art.282 BIS tampoco se establece, nosotros estimamos que siempre que sea autorizado por el Juez de instrucción debería ser un auto dado el contenido que debe albergar, su motivación con la debida separación de hechos, fundamentos y parte dispositiva, a nuestro parecer la autorización del agente encubierto debería ser uno de los casos en los que el Juez de Garantías debe pronunciarse mediante auto interlocutorio.

Por otro lado, en el anteproyecto de LECrim del 2020 se recoge que el Ministerio del Interior es el que debe otorgar la identidad supuesta al funcionario policía como en la actualidad ocurre, además el art.503 concreta la forma en que se va a crear esa nueva vida ficticia de la que se ha de dotar al agente encubierto, de nuevo se prevé que se tiene que conservar la verdadera identidad del agente encubierto de forma secreta y expresamente establece que se conservará en pieza separada y secreta a la luz del art. 504.1. Esta identidad falsa se mantiene durante todo el proceso y también una vez concluido el mismo, durante todas las fases solamente conoce la verdadera identidad el Juez que puede revelarla una vez finalizado el proceso cuando no exista ningún riesgo ni para el agente encubierto ni para otras personas. De esta forma desaparece del texto la referencia a la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales cuya aplicación está prevista en el actual art. 282 BIS apartado 2 por el cual el agente encubierto puede mantener su identidad falsa durante el proceso y que a la vez se le aplique la LOPTP. Creemos que quizá haya desaparecido del propio articulado de la LECrim porque se trata de una legislación muy anticuada que no aporta más garantías que las ya contenidas en el nuevo texto del Anteproyecto de LECrim del 2020, que además extiende expresamente a ``otras personas`` en virtud del art.504.4 concepto que nos parece demasiado abierto, pero necesario.³⁴⁶

³⁴⁴ Por ejemplo en la STS 140/2019, de 13 de marzo.

³⁴⁵ Como podemos observar en STC 116/1998, de 2 junio.

³⁴⁶ Y porque las medidas que más podrían proteger a los agentes encubiertos, como por ejemplo es el uso de la videoconferencia, no se encuentran recogidas en la LOPTP.

Responsabilidad del agente encubierto en el ALECrim

El agente encubierto también podría estar exento de responsabilidad penal en el transcurso de sus actuaciones gracias a la autorización judicial preceptiva para poder actuar como agente encubierto, como podemos observar en el art.505 se establece que es así incluso cuando se vea afectado el derecho a la intimidad de las personas investigadas, esto es un paso más hacia la aceptación de que esta medida de investigación infiere en los derechos fundamentales de los investigados, en este caso en el derecho a la intimidad, art.18 CE.³⁴⁷ Sin embargo, en la actual redacción del art.282 BIS a pesar de que también se pueda llegar a exonerar al agente encubierto de la responsabilidad criminal que puedan ocasionar sus actuaciones en el curso de la investigación art.282 BIS 5 sí que se prevé en el apartado tercero que el agente encubierto solicite del órgano judicial competente la autorización cuando la operación pueda afectar a los derechos fundamentales.

Así las cosas, pensamos, que estamos ante una mejora, porque es necesario asumir que con la utilización de esta medida de investigación, algunos derechos fundamentales van a tener que limitarse en cierta medida en favor a un fin mayor, como es tratar de acabar con una organización criminal. Creemos que el legislador en este punto se aparta del excesivo garantismo que en numerosas ocasiones le caracteriza y nos parece una buena reforma, otro ejemplo de ello es que incluso en el apartado tercero del art.505 se prevé que el agente encubierto pueda entrar en el domicilio de la persona investigada con el consentimiento de su titular, aunque haya sido prestado sin saber que se trataba de un agente policía, es decir viciado. Creemos que se produce una limitación del derecho a la intimidad razonable y proporcional en relación con los beneficios que puede aportar a la sociedad las investigaciones realizadas por el encubierto, conseguir combatir la delincuencia organizada.

³⁴⁷ La afectación o limitación que puede realizar el agente encubierto sobre los derechos del investigado será analizada de manera pormenorizada en esta tesis a la luz de lo previsto en la actual LECrim, en el apartado ``LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO DURANTE LA INVESTIGACIÓN´´. Especificar que con esta precisión el legislador del ALECrim ha querido acabar con esa doble autorización judicial que hoy en día se debe solicitar en primer lugar para ser agente encubierto y en segundo lugar cuando sus investigaciones puedan afectar a los derechos fundamentales prevista expresamente en el art. 282 BIS LECrim apartado tres, pero solo en cuanto al derecho a la intimidad como especifican los art. 501 y 502 del ALECrim.

Información que debe aportar el agente encubierto según el ALECrím

Los agentes encubiertos deben informar de manera detallada de sus actuaciones, así lo prevé el art.505 en el apartado cuarto de nuevo, como ya ocurre en el art.282 BIS en su primer apartado sin embargo, en el anteproyecto sí que se especifica que dicha información debe remitirse al Ministerio Fiscal pero de nuevo, el legislador desaprovecha la oportunidad de fijar la forma procesal que deben adoptar las actas, tampoco dice si son secretas o no, ni el momento exacto en que se tiene que incorporar al proceso y esto es muy controvertido e importante en relación con el derecho a la defensa de los investigados que deberían conocer su contenido antes de acudir al juicio oral sobre todo porque su contenido normalmente suele ser incriminatorio.

La provocación del delito por el agente encubierto según el ALECrím

El agente encubierto en ningún caso puede provocar el delito, en el art.506 de nuevo establece expresamente como ya se encontraba previsto en el art.282 BIS apartado cinco y en el apartado dos se establecen específicamente los casos en los que el agente encubierto estará exento de responsabilidad aportando de esta forma, mayor claridad, luz a una cuestión también controvertida.

La prueba testifical del agente encubierto en el ALECrím

Pues bien, es necesario poner de relieve que en el anteproyecto de LECrím se dedica un artículo en exclusiva a la otra vertiente del agente encubierto³⁴⁸: constituir prueba testifical, el art.507 sobre la declaración testifical del agente encubierto sin embargo, se dice lo mismo que en la actual regulación del agente encubierto, el art.282 BIS apartado dos en la que solo especifica sobre tal acto procesal, que en la declaración pueden seguir manteniendo su identidad falsa, desapareciendo la posibilidad de que se le pueda aplicar la LOPTP. A nuestro parecer el legislador ha desaprovechado la oportunidad de realizar mejoras, quizá de gran calado para la figura del agente encubierto. Pensamos que se debían haber especificado en el propio texto legal cuestiones como las cautelas procesales

³⁴⁸ Como indica el título de esta tesis la primera vertiente o rol procesal del agente encubierto es constituir un instrumento de investigación y en la segunda vertiente o rol procesal sería constituir un medio probatorio, ambas serán analizadas.

que se han de seguir para aportar seguridad al agente encubierto durante su declaración en plenario, para evitar que el mismo sienta miedo a acudir a declarar.

El uso de la información obtenida por el agente encubierto en otros procesos según el ALECrím

El anteproyecto de LECrím dedica el art. 508 a una cuestión que la doctrina viene preguntándose, de hecho en esta tesis doctoral también nos ocupamos de esta cuestión. Hablamos de la utilización de las informaciones obtenidas por el agente encubierto en otros procesos. Esto no se regula en el vigente art.282 BIS de la LECrím. Observamos que el legislador establece dos condiciones que deben cumplirse para ello, que son: que exista una autorización del Juez de Garantías competente para conocer de la nueva investigación y que dicha información sea necesaria para el esclarecimiento de un delito respecto del cual podría haberse acordado esta diligencia. Nos parece un acierto y un avance que se dedique este artículo a este asunto.³⁴⁹

El agente encubierto informático en el ALECrím

El anteproyecto de LECrím sí que se dedican varios preceptos a las investigaciones encubiertas en la web, concretamente encontramos el capítulo III del Título séptimo sobre las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación. Empecemos diciendo que en nuestra LECrím vigente también regula expresamente la figura del agente encubierto informático o virtual donde se mencionan dichos canales de comunicación en el apartado sexto del art.282 BIS³⁵⁰ ofreciendo una regulación insuficiente³⁵¹. Comprendemos que ante las nuevas formas de criminalidad practicadas en la red, los canales cerrados de comunicación se han convertido en un nuevo entorno donde preparar y perpetrar delitos es una realidad actual que se debe combatir³⁵². Así las cosas nuestro

³⁴⁹ Sobre ello se hablará más específicamente en el apartado de esta tesis doctoral dedicado a “El uso de los medios probatorios conseguidos por el Agente encubierto en otro proceso.”

³⁵⁰ Incluidos en la LECrím gracias a la reforma operada por la por el art. único.2 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

³⁵¹ Como analizaremos de manera pormenorizada en el capítulo “EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL” de esta tesis.

³⁵² En este sentido VILLAR FUENTES, I. M^a, “El agente infiltrado y las diligencias de investigación tecnológica”, en *Archivo Penale*, número 2, 2017, p.13 y ss y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático”, en *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Coord. Merino Calle, I., Hernández López, A., Laro González, M.A., ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022, pp. 267-278.

legislador, en el anteproyecto de LECrim confiere una regulación específica a las investigaciones encubiertas en el nuevo entorno virtual, determinando:

En esta regulación concreta el Ministerio Fiscal debe solicitar al Juez de Garantías la autorización para que el funcionario de policía acceda a los canales cerrados de comunicación en la web, que de nuevo solo se autorizará cuando sea el único eficiente para investigar la organización criminal, también se especifica que las actividades de infiltración policial no pueden suponer la provocación del delito y que el intercambio o el archivo de contenidos ilícitos no suponen tal provocación. Al igual que en la regulación de las operaciones encubiertas en el plano físico el legislador ha especificado el contenido con el que ha de contar la solicitud que realice el Ministerio Fiscal al Juez de Garantías, aportando esto más seguridad y unidad de criterio en la práctica judicial así como los contenidos de la resolución judicial por la que se acuerde el uso de esta medida de investigación. Por último, se prevé que en caso de que el agente encubierto necesite grabar o bien obtener imágenes debe solicitar autorización al Juez de Garantías para ello. Y se añade que el fiscal informará al Juez de Garantías, en la forma en que este disponga, sobre el desarrollo y los resultados de la medida por lo tanto, se sigue manteniendo el mismo criterio que en la actual LECrim.

Pues bien, hemos de detenernos en la posibilidad del envío de archivos ilícitos por parte del agente encubierto informático, es una cuestión bastante compleja de la que nos ocuparemos en el capítulo de esta tesis en el que analizamos específicamente la figura del agente encubierto virtual, la actuación del agente encubierto en la red, pero hemos de resaltar aquí que ha desaparecido esa preceptiva autorización con la que debía contar el agente encubierto informático para poder transmitir dicho contenido, porque debe venir expresada en la misma resolución judicial por la que se autoriza su infiltración en el canal cerrado de comunicación art. 511 ALECrím. Creemos que oyendo de nuevo las peticiones de la doctrina y en base a criterios de economía procesal y eficacia, el legislador del Anteproyecto se limita a decir que su envío no supone la provocación del delito, algo que nos parece acertado porque en los canales cerrados de comunicación, en el entorno virtual prima la celeridad en las actuaciones y esperar a la autorización que se prevé en el art. 282 BIS apartado seis de la LECrim vigente, de seguro, obstaculiza o al menos ralentiza las investigaciones, lo que podría levantar sospechas a los otros integrantes de la organización criminal que actúan en el canal cerrado de comunicación.

En definitiva, observamos que en este anteproyecto se ofrece una regulación mucho más amplia y pormenorizada sobre este medio de investigación tan controvertido, aportando más concreción al ser más específico y regulando muchas cuestiones que la doctrina venía demandando desde hace tiempo, como la actuación del agente encubierto informático en los canales cerrados de comunicación.

En el anteproyecto de LECrim del 2020 la instrucción, en la que se encaja el agente encubierto en su primera vertiente, esto es, como medio o instrumento de investigación, se deja en manos de la Fiscalía y el Juez se coloca en la posición de garante, se crea un Juez de garantías que tiene un papel crucial en el cuidado de los derechos y garantías de los investigados que, en la realidad que analizamos pueden verse invadidos y llegar a ser vulnerados tan fácilmente. Todo lo cual, es el Juez de garantías el que sigue autorizando la actuación del agente encubierto, pero en virtud de este nuevo texto sería la fiscalía la encargada de realizar el seguimiento de esta medida de investigación (recepcionar las actas etc...) durante la fase de investigación.

Por último y en conclusión sobre el marco normativo español: Nuestros legisladores no prestaron la atención debida a esta figura, y muestra de ello es que hasta el año 1999 no existía una regulación mínima³⁵³, pues con la LO 5/1999 se introduce el art.282 BIS LECrim, que se ocupa del agente encubierto.

Hoy, es absolutamente necesario adaptarse a la nueva realidad de la delincuencia organizada, transnacional, y tecnológica, y por lo tanto es preciso abordar la figura del agente encubierto desde las necesidades actuales de la investigación y prueba del crimen. En este sentido, se abre una oportunidad con la nueva regulación que se recoge en el anteproyecto de la LECrim de 2020, en la que, como hemos visto se dedica un título a estas actuaciones, distinguiendo entre el agente encubierto tradicional y el informático. Pero desgraciadamente del análisis realizado sobre esta propuesta legislativa, se arrojan

³⁵³ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, reguló esta figura de forma más tardía pero expresa. Lo cierto es que en nuestro país era admitida por la Jurisprudencia siempre que la actuación de los agentes de policía se encontrara dentro de los límites de la Constitución Española art. 126 y de lo establecido en las normas procesales básicas. DEL CERRO ESTEBAN, ``El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada`` en *Estudios Jurídicos*, número 2004, 2004, p. 1378.

conclusiones poco alentadoras, pues nuevamente nuestro legislador desaprovecha esta reforma para colmar solo algunas lagunas y contradicciones existentes.³⁵⁴

2.4. MEDIO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO: LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Para entender la naturaleza de las operaciones encubiertas y en especial la figura del agente encubierto hemos de tener una concepción general de la realidad que se pretende investigar y combatir con las mismas, esto es, hemos de aproximarnos en las siguientes páginas a la delincuencia organizada, ya que el legislador en la LECrim autoriza la actuación del agente encubierto en investigaciones que afecten a actividades propias de esta fenomenología delictiva.³⁵⁵

Así las cosas, el hecho de que dos o más personas se reúnan para cometer delitos es algo que ha existido desde siempre en nuestra historia, la humanidad lleva siglos sufriendo las iniciativas delictivas perpetradas por conjuntos de personas, pero quizá la primera vez que se conceptualizó la misma fue con ocasión de la Comisión del crimen organizado en Chicago en los años veinte en la cual se definió como *“un tipo de delincuencia materializada por un grupo de personas que actúan bajo las órdenes de un jefe de forma estructurada y planificada”*³⁵⁶ desde ese momento y aunque de *facto* ya lo era, hemos de entenderla como una categoría delictiva diferenciada. Así, siguiendo a FLORES PÉREZ³⁵⁷ el concepto nace en la escuela de Chicago, efectivamente en los años

³⁵⁴ Con esta misma opinión, autores como GARCÍA GONZÁLEZ, S., “El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal”, *LA LEY Penal*, número 139, 2019, pp. 1-12.

³⁵⁵ Como también acepta el TEDH y podemos observarlos por ejemplo en su STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10, por la cual *“La Corte es consciente de las dificultades inherentes al trabajo de investigación y de investigación de la policía en la investigación y recopilación de pruebas de los delitos cometidos. Para lograr esto, los investigadores deben recurrir cada vez más a menudo, particularmente en la lucha contra el crimen organizado a, agentes encubiertos, informadores y prácticas encubiertas. La Corte ha sostenido que el uso de tales métodos, y en particular las técnicas de infiltración, no puede en sí mismo constituir una violación del derecho a un juicio justo.”*

³⁵⁶ La Comisión del Crimen Organizado en Chicago es un organismo no gubernamental que se encarga de crear un registro de la actividad criminal así como de las tendencias delictivas más usuales que tienen lugar en Chicago. En la misma se realizaron los primeros esfuerzos por conceptualizar, definir el crimen organizado según OCHOA ELIZONDO, M., “Del crimen organizado al crimen desordenado: Una apuesta por la observación conceptual y contextual”, en *Desacatos*, número 54, pp. 92-105.

³⁵⁷ FLORES PÉREZ, C. A., “Poder, corrupción y delincuencia. Modelo teórico de la articulación de vínculos de contubernio entre funcionarios públicos y el crimen organizado” en *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción. Con fundamento en la Convención*

veinte y dicho término cruza el Atlántico. Así, desde los inicios del siglo XX y especialmente con la creación de la Sociedad de las Naciones fueron naciendo las primeras normas internacionales para tratar de combatir esta lacra. LINARES HAMANN³⁵⁸ piensa que los primeros instrumentos internacionales pueden ser la ``Comisión del Opio`` que posteriormente fue la ``Convención Internacional del Opio``³⁵⁹ porque el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas era el delito más perpetrado por las primeras organizaciones criminales.

2.4.1. Concepto de delincuencia organizada en la actualidad

Existen distintas formas de referirnos a esta fenomenología delictiva, delincuencia organizada, criminalidad organizada o crimen organizado así como distintos términos para nombrar a aquellas personas que protagonizan estos delitos, hablamos de grupos o asociaciones criminales, de redes criminales, crimen transnacional, mafias etc... todos los términos pueden tener distintos matices pero coinciden en que, se trata de la asociación o unión de varias personas con la finalidad de delinquir, esto es claro.

Pues bien, en primer lugar hemos de poner la vista en el ámbito internacional para posteriormente acercarnos al ámbito nacional porque, lo cierto es que se trata de un fenómeno delictivo que socaba los derechos y libertades de los ciudadanos a diario, sin importar fronteras. Expongamos algunas definiciones para acercarnos al concepto:

En primer lugar, tenemos que las **Naciones Unidas** se han pronunciado sobre lo que ha de entenderse por ``grupo criminal organizado`` en la Convención de Palermo, determinando que es ``un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material`` art. 2 a) y que por infracción o delito grave se entiende aquel comportamiento punible

de Palermo. Coords. Herrán Salvatti, M., Santiago Vasconcelos, J.L., González Ruiz, S., Mendieta Jiménez, J.L., ed. Fiscalía General del Estado de Chiapas-Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp. 143.

³⁵⁸ LINARES HAMMANN, J.E., ``Evolución de los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado`` en *Criminalidad, Globalización y Criminalidad*, número 1, 2006, p.92

³⁵⁹ Firmada en La Haya en el 1912, el 23 de enero.

con una pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave art. 2.b).³⁶⁰

Si bien, hemos de fijarnos en algunas instituciones de carácter internacional que han definido esta realidad y merecen de especial mención así **INTERPOL** establece que *“el crimen organizado es formado por cualquier grupo que tenga una estructura corporativa, cuyo principal objetivo es el lucro de dinero a través de actividades ilegales, siempre subsistiendo por la imposición del temor y la práctica de la corrupción”*³⁶¹. O bien el **FBI**, que dice que se trata de *“cualquier grupo que tenga algún tipo de estructura formalizada cuyo objetivo primario es la obtención de dinero a través de actividades ilegales. Tales grupos mantienen sus posiciones a través del uso de violencia, corrupción, estafas o extorsiones, y generalmente tienen significativo impacto sobre los locales y provincias del país donde actúan”*³⁶²

En el ámbito comunitario tenemos:

La realizada por el **Consejo** en la Acción Común sobre la base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea (CE) 98/733/JAI relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, de 21-12-1998 la define en su artículo 1 como *“una asociación estructurada, de más de dos personas establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de al menos 4 años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”* el objetivo del Consejo es unificar el tipo en los distintos Estados de la Unión Europea para que se les pueda perseguir por todos ellos. O la elaborada por el Comité de expertos sobre aspectos de Derecho Penal y criminológicos de la criminalidad organizada que ha realizado varias definiciones sobre esta realidad, como la que encontramos recogida en la Recomendación

³⁶⁰ La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de diciembre del 2000, celebrada en Palermo, aprobada por resolución 55/25 de la Asamblea General y firmada por 196 países.

³⁶¹ SECRETARÍA GENERAL DE INTERPOL, *Global Strategy on Organized and Emerging Crime*, ed. INTERPOL, Lyon, 2017, pp. 3-6 <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>

³⁶² <http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm> consultada por última vez el 23 de enero de 2023.

del 2001³⁶³ ``Un grupo estructurado de tres o más personas existente por un periodo de tiempo y actuando concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves -entendiendo por tales los castigados con 4 o más años de prisión- para obtener directamente un beneficio financiero o material``.

Más cercana en el tiempo podemos destacar la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, del **Consejo de la Unión Europea** por la cual se comprende como crimen organizado ``una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.``

De todas estas definiciones extraemos que han sido y son numerosas instituciones tanto a nivel internacional como comunitario las que han tratado de cercar esta realidad, de hecho, pensamos que podrían existir tantas definiciones como Estados que luchan día a día contra la misma³⁶⁴, es por ello que necesitamos tener una definición de delincuencia organizada aceptada por todos los Estados, una concepción común de esta fenomenología delictiva con el fin de conseguir la armonización de la legislación entorno a la delincuencia organizada, requisito preceptivo para las extradiciones que requieren de la doble incriminación. Autores como CARDOSO PEREIRA³⁶⁵ estiman que en el ámbito del derecho internacional, se ha desarrollado mucho más esta realidad, pero que a pesar de ello no ha habido aún *quorum* suficiente para orquestar un concepto único que sea completo, coincidiendo con este autor en que ningún concepto puede ser definitivo, dado el carácter cambiante de la realidad que se pretende conceptualizar.

³⁶³ La recomendación número 765/10.3-f de 2001 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios y directrices en la lucha contra el crimen organizado de la que hablamos en profundidad en el apartado referente a la regulación legal.

³⁶⁴ Porque además la delincuencia organizada se manifiesta de distintas formas dependiendo del país o de la zona en la que nos encontremos, es decir, esta fenomenología delictiva no presenta las mismas características en Colombia que en Italia o en Rusia, cambia dependiendo de la sociedad en la que se desarrolle, aunque sí que es cierto que el objetivo común es el mismo: que el delito resulte provechoso. Sobre ello, profundamente GARRIDO CARILLO, F. J., *El decomiso. Innovaciones, definiciones y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

En este mismo sentido RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Crime Organizado. Tipicidade, Política, Investigação e Processo*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008 añade que esto también se debe a las distintas normativas en materia penal que tienen los países, p.67.

³⁶⁵ CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p.87 y ss.

En cuanto al ordenamiento jurídico español encontramos en nuestra legislación procesal, la definición de delincuencia organizada en el propio art. 282 BIS apartado cuarto de la LECrim. Además, hemos de tener en cuenta que existen tipos agravados especiales para determinados delitos cuando se perpetren en el seno de una organización criminal. Pues bien, en el apartado cuarto del art.282 BIS de la LECrim como se adelantaba, se define la delincuencia organizada diciendo que se *“considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”*, dichos delitos están previstos en los arts. 164-166, 177 bis, 187-189, 237, 243, 244, 248, 301, 270-277, 312-313, 318 BIS, 332-334, 345, 368-373, 386, 399 BIS, 566 a 568, 572 a 578 del CP español, esto es: obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, secuestro de personas, trata de seres humanos, relativos a la prostitución, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de especies de flora o fauna amenazada, tráfico de material nuclear y radiactivo, falsificación de moneda, falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, de terrorismo, contra el patrimonio histórico respectivamente.

También hemos de destacar que el CP en su art. 515 que prevé el delito de asociación ilícita determinando que *“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar. 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.”* por lo que nuestro legislador reprocha las asociaciones ilícitas con fines delictivos, sin embargo, estimamos que es un tipo demasiado genérico que debería tornarse más específico a la par que modernizarse como lo ha ido haciendo la realidad que pretende punir.

Diferencias entre organización y grupo criminal

En este orden de cosas, también es necesario tener muy presente la diferencia entre organización y grupo criminal (red criminal) porque tal es el daño que ocasionan estas realidades a nuestra sociedad que el CP español le dedica un capítulo completo a las mismas denominado ``De las organizaciones y grupos criminales`` así, alojada en el art.570 BIS define lo que debemos entender por organización criminal y en el art.570 TER del mismo código define los grupos criminales, porque son dos conceptos distintos, así tengamos claro que la organización criminal es en España: *``la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos``* y que por grupo criminal tenemos *``la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos``* la doctrina y la jurisprudencia han sido los que han moldeado los mismos hasta alcanzar dichas definiciones que hoy podemos encontrar en el CP español.

En este punto, la doctrina mayoritaria coincide en el uso indiscriminado que se realiza de ambos términos, opinión a la que nos sumamos, pensamos que se trata de fenómenos tan mediáticos que son utilizados de forma equivocada por personas *legas* en derecho y a la vez son tratados con poca cautela en el ambiente académico. Esto es del todo un peligro, pues autores como UMBRÍA ACOSTA³⁶⁶ determinan que en el campo de la *``política criminal``* esta confusión puede llegar a dar lugar a respuestas desorientadas, distintas de los ordenamientos jurídicos hacia los mismos ilícitos.

En definitiva, se ha fracasado en el proceso de conceptualización a nivel internacional porque realmente no se ha llegado a una definición común y aceptada por todos los Estados sobre delincuencia organizada ya que existe una gran dificultad para llegar a construir un concepto de delincuencia organizada por la gran cantidad de aristas que tiene dicha realidad, por las diversas formas en las que puede desarrollarse, porque incluso es complicada de estudiar a la vez que de investigar contando con los instrumentos procesales más vanguardistas... por mutar, evolucionar y ser completamente polifacética, camaleónica como veremos en los próximos capítulos de esta tesis, concluyamos diciendo que a nuestro parecer es esencial llegar a dicha conceptualización común en aras a

³⁶⁶ UMBRÍA ACOSTA, L.A., ``Un preámbulo de política criminal frente a la delincuencia organizada``, *Revista Criminalidad*, número 3, 2018, pp. 6-7.

armonizar legislaciones para que, al menos, contemos a nivel internacional con unas características comunes y unos rasgos dominantes que profieran garantías a todos los ciudadanos tanto víctimas de la delincuencia organizada como presuntos victimarios independientemente del lugar en el que se encuentren.³⁶⁷

No obstante y pesar de ello, el legislador español sí que ofrece una definición de delincuencia organizada en la propia LECrim, como se ha visto, que creemos ha sido fruto de todo el esfuerzo de la doctrina criminológica, penalista y procesalista pero aún queda mucho camino para, madurar un concepto completo de delincuencia organizada, constituyendo esta realidad un reto a nivel conceptual para los operadores jurídicos y en especial para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que observan el avance de esta categoría delictiva.

2.4.2. Evolución de la delincuencia organizada

Una vez discutido el concepto de delincuencia organizada, realidad que se pretende neutralizar contando, entre otros instrumentos, con la actividad del agente encubierto, es necesaria una breve descripción sobre la evolución que ha tenido históricamente para llegar a entender la necesidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de adaptarse a esta fenomenología penal cambiante.

Así las cosas, la delincuencia organizada ha ido evolucionando a la par que la sociedad, avanza adaptándose a todos los cambios, a todos los entornos y a todas las realidades: humanas y materiales³⁶⁸.

A) Evolución internacional de la delincuencia organizada

Pues bien, para entender la delincuencia organizada actual veamos brevemente su evolución en primer lugar desde un prisma supranacional. Debemos tener en cuenta que

³⁶⁷ En este mismo sentido CARLOS FONSECA, J., “Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à criminalidade organizada. Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste”, en *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coords. Costa Andrade, M., Faria Costa, J., Miranda Rodrigues, A., y João Antunes, M., ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 163-164, y añadimos: con el objetivo último de combatir esta realidad que provoca inseguridad y por ende miedo en toda la población.

³⁶⁸ Sin embargo, tal y como apunta CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p. 87, no podemos confundir las primeras ocasiones en que se empezó a hablar, a utilizar el término crimen organizado con la verdadera aparición de grupos de delinquentes que actuaban de forma organizada, pues esta realidad es muchísimo anterior.

la delincuencia organizada sin lugar a dudas tiene un carácter transnacional desde sus inicios pues a la luz de la literatura consultada la delincuencia organizada como la conocemos hoy en día nace en occidente y esta fenomenología delictiva viaja a los Estados Unidos. De occidente la exportaron los inmigrantes pertenecientes a bajas esferas sociales pero pronto, gracias al enriquecimiento ilícito por medio de la comisión de estos delitos, llegaron a las clases más altas de la sociedad estadounidense donde de nuevo instalaron este tipo de delincuencia, perpetrando los mismos y nuevos delitos pero con influencias mucho mayores, sobre todo a partir de los años 20 en la ciudad de Chicago, pero no fue hasta mucho después cuando las autoridades de dichos países empezaron a tener conciencia real y a combatir con estrategias internacionales esta fenomenología delictiva ante su incipiente avance, como revelan la Conferencia Mundial sobre delincuencia organizada transnacional que tuvo lugar en Nápoles en el 1994 o la Revisión de la National Security Strategy- NSS en los EEUU en la que por primera vez la delincuencia organizada fue tratada como un asunto de seguridad nacional. O el Tratado del Atlántico Norte del 1999, el cual declaró que los intereses de seguridad de la Alianza pueden verse afectados por el crimen organizado.

Dicho lo cual, las primeras organizaciones criminales transnacionales se dedicaban principalmente al tráfico de drogas pero también a la comisión de otros delitos, muy ligados al narcotráfico, como es el caso del blanqueo de capitales y los asesinatos (ajustes de cuentas) para poder seguir cometiendo el delito de tráfico de drogas por el que obtenían la mayoría de sus beneficios. Pues bien, especial mención merece la evolución que tuvo la delincuencia organizada específicamente en Italia por desarrollarse esta tesis doctoral en el seno de una cotutela internacional y porque la delincuencia organizada sigue siendo hoy en día en Italia el *“sotto stato”*, constituyendo un verdadero problema de Estado y también, porque este país es un ejemplo para el mundo sobre la manera de luchar contra la delincuencia organizada.³⁶⁹ De esta forma, hagamos una sucinta reseña en este punto para tratar de comprender la realidad tan compleja como es la mafia italiana, donde también puede ser investigada a través de agentes encubiertos.

La palabra mafia es la que se utiliza para hablar de la delincuencia organizada originariamente italiana. Etimológicamente, puede que el término mafia proceda de una

³⁶⁹ Tal y como declaró el jefe de INTERPOL en una reunión celebrada en Palermo, 11 de junio de 2012. <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2012/La-lucha-de-Italia-contr-la-mafia-es-un-modelo-para-combatir-la-delincuencia-organizada-transnacional-declara-el-jefe-de-INTERPOL-en-una-reunion> consultada por última vez el 23/12/2023.

expresión toscana antigua, donde *maffia* significaba miseria. También, podría ser una reminiscencia del dominio árabe en Sicilia en el siglo IX donde *mu'afah*, significa protección de los débiles. La utilización de la palabra *mafia* se convirtió en verdaderamente popular con la representación de la obra de teatro *``I mafiosi di la Vicaria``* de Giuseppe Rizzoto y Gaetano Mosca, en el 1863, a partir de ese momento se empezó a utilizar coloquialmente para referirse a la delincuencia organizada presente en Italia. Sin embargo, autores como LUPO³⁷⁰ determinan que en realidad es el acrónimo de *``Mazzini Autorizza Furti, Incendi, Avvelenamenti``* de Giuseppe Mazzini³⁷¹ o bien que se trata del acrónimo de la frase ¡Morte alla Francia, Italia anela! Que era utilizada por los campesinos sicilianos cuando lucharon contra la invasión de Sicilia de Carlos de Anjou en el 1282. En la actualidad, la RAE ofrece tres acepciones de la palabra *mafia*: que se trata de una organización criminal de origen siciliano, cualquier organización clandestina de criminales, grupo organizado que trata de defender sus intereses sin demasiados escrúpulos y la última donde la define como engaño, trampa, ardid.³⁷²

Por su parte, la doctrina coincide en que el origen de la mafia italiana se encuentra en el sur de Italia, en Sicilia donde se crearon las primeras organizaciones criminales independientes y territoriales. Sin embargo, existe una gran disparidad de criterio en cuanto al momento exacto en la historia en el que podemos comenzar a hablar de mafia. Además es necesario que diferenciamos entre la mafia Siciliana que cuando se exporta a EEUU se empezó a llamar la Cosa Nostra y la *‘Ndrangheta* calabresa, también tenemos la Camorra y la Sacra Corona Unita. Estas cuatro organizaciones criminales italianas son las más tradicionales y han tenido una evolución a lo largo de la historia distinta. Expongámoslo sucintamente:³⁷³

PERRUCA ALBALADEJO³⁷⁴ considera que el origen de la mafia italiana se encuentra en el siglo XVIII como producto del miedo y la desconfianza social creada bajo

³⁷⁰ LUPO, S., *Historia da Mafia: das origen aos nossos dias*. Ed. UNESP, Sao Paulo, 2002.

³⁷¹ Giuseppe Mazzini incitó a la asociación de indigentes sicilianos para que se organizaran y protagonizaran ilícitos para conseguir la unificación por ello se considera que la palabra *mafia* es un acrónimo de *``Mazzini Autorizza Furti, Incendi, Avvelenamenti``* que significa, como hemos adelantado Mazzini autoriza robos, incendios y envenenamientos.

³⁷² Además, en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico también la define como *``Organización delictiva que pretende conseguir el monopolio de sus actividades en una zona``*.

³⁷³ Porque realmente la evolución y el desarrollo de la mafia en Italia es un tema tan *``grosso``* que desborda este trabajo de investigación y exclusivamente del mismo se puede escribir otra tesis doctoral. Sin embargo, como ya adelantamos, nos parece ajustado realizar una breve explicación sobre la historia de las mafias en Italia dada la vertiente internacional de esta tesis.

³⁷⁴ PERRUCA ALBALADEJO, V., *``El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental``*, en *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, número 16, 2019, p. 55.

los Austrias porque se tenía una gran desconfianza en el Estado. En cambio, para MORENO OLIVARES nace en el contexto socio histórico del Borbónico reino de las Dos Sicilias. Expone que los orígenes de la mafia italiana efectivamente se encuentran en Sicilia debido a la represión a que estaban sometidos sus habitantes por los señores feudales y los conquistadores extranjeros lo que inexorablemente generó odio hacia las autoridades. Precisamente esto hizo que se crearan alianzas entre familias y entre familiares dando lugar a las ``cosche`` que serían las primeras organizaciones secretas que crearon su propia forma de comunicarse a través de dialectos para protegerse de las autoridades. Las autoridades se comprometían con las ``cosche`` en no interferir en sus actividades, en sus extorsiones, en el ``pizzo``³⁷⁵ porque realmente se mantenía un orden que no era capaz de conseguir el poder establecido. Esto fortalecía el papel de las mafias aún más. Siendo verdaderos clanes familiares ``famiglia`` donde su máxima autoridad era el patriarca de la misma llamado ``capo di famiglia`` quien se encargaba de dirigir sus actuaciones³⁷⁶. Existía una de estas agrupaciones en cada región de Sicilia para defender los intereses de dicha zona.

Por su parte, DOVIZIO determina que las primeras agrupaciones mafiosas se forman sobre el modelo de las sectas secretas anti-borbónicas y masonería, de las cuales imitaron el sistema de organización, también rituales y símbolos.³⁷⁷ Y posteriormente, siguieron los mismos patrones que las sociedades secretas de la burguesía y la aristocracia.³⁷⁸ Por otra parte, autores como MARMO mantienen que específicamente su

³⁷⁵ O protección, se trata de las coacciones y extorsiones a las que eran sometidos los comerciantes del sur de Italia por las mafias. En dialecto siciliano ``fari vagnari 'u pizzu`` significa pagar la protección. Existen distintos tipos de protección, destaquemos aquí los más habituales que son pagar en dinero o bien en especie de aquellos ingresos que generasen los negocios de la zona e imponer a los empresarios comprar las materias primas, los suministros etc... a la propia mafia de la zona a precios más elevados.

³⁷⁶ La estructura jerárquica patriarcal se sigue manteniendo en la actualidad. Además, tenemos que destacar distintas figuras que siempre encontramos presentes en las mafias italianas tales como: el sotto capo que es el segundo hombre con más poder de la mafia, también los consiglieri, que son los hombres de más confianza del capo, también tenemos el capoggerime que se trataría de la persona que organiza la ejecución de las operaciones, los delitos necesarios para llevar a cabo sus negocios. Otras figuras que debemos resaltar son la del contabile presente en todas las mafias, encargándose de las operaciones financieras, el giovane dónore que es un aspirante a entrar en la mafia y por ello hace méritos para lograrlo. Por último, nos gustaría señalar que han llegado a tener órganos centrales para centralizar su administración y toma de decisiones como ``La comisión`` asentada en Palermo. Decir, también, que tenían y tienen una organización piramidal. Utilizan la violencia, en sus territorios tienen total exclusividad y fuera de ellos, en el extranjero colaboran con las organizaciones criminales que existan. La Mafia italiana al igual que el resto de organizaciones criminales del mundo se ha adaptado a los cambios políticos, económicos y sociales.

³⁷⁷ DOVIZIO, C., ``Estado, criminalidad y cambio político, entre Italia y Latinoamérica``, en *Tiempo devorado. Revista de Historia Actual*, número 1, 2015, p.5.

³⁷⁸ Más profundamente sobre ello CICONTE, E., *Storia Criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, ed. Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008 y BARBAGALLO, F., *Storia della Camorra*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2010.

origen primigenio quizá se encuentre en las cárceles de Palermo.³⁷⁹ Y como en el resto del mundo, la delincuencia organizada en Italia nace en las zonas marginales con un fuerte enraizamiento local e identidad propia.

Durante el siglo XIX, conforme fueron desapareciendo los feudos de Sicilia y con la unificación de Italia estas primeras organizaciones se fueron consolidando como organizaciones y grupos armados. Giuseppe Garibaldi viajó a Sicilia con fines unificadores y a todos aquellos que se oponían a la unificación les llamó mafiosos. La unificación italiana hizo que muchos jóvenes fuesen reclutados para luchar en el ejército y tras la misma no se cumplieron las promesas realizadas a la población por lo que sobre todo las clases sociales más bajas encontraban una suerte de ``justicia`` en las mafias que les protegían.

Con la democracia, la mafia cobró más poder porque los ciudadanos eran amenazados y coaccionados para que su voto fuese el que le indicaran. Las organizaciones criminales en Italia han estado aliadas con el poder político para facilitar sus actividades, de hecho, cuando los italianos adquieren el derecho al voto las organizaciones criminales también les coaccionaban para que votasen a aquellos políticos que protegiesen sus intereses, que actúen en connivencia con sus actividades. Durante los años 1895-1923 el perfil internacional de la mafia creció y aumentó su criminalidad en EEUU a través de la conocida como ``La Mano Negra`` liderada por Giuseppe Battista Balsamo.³⁸⁰ Cuando termina la II Guerra Mundial la Mafia incrementa aún más su expansión y su presencia en toda Europa y en EEUU. Debemos destacar que después de la segunda Guerra Mundial se expanden aún más. Entre 1940 y 1949 se persiguió aún más duramente a la mafia para neutralizarla, con una gran represión de la misma que hizo que muchos de sus miembros se trasladaron a EEUU.

PERRUCA ALBALADEJO³⁸¹ indica que desde el 1970 hasta el 1990 es cuando se produce su gran expansión sobre todo de la mafia siciliana hacia otros territorios por tener una gran vocación internacional, además durante dichos años sus actividades también se tornan más violentas y son descubiertos acuerdos entre las organizaciones criminales y

³⁷⁹ MARMO, M., *Il coltello e il mercato. La camorra prima e dopo l'unità d'Italia, L'ancora del mediterraneo*, ed. L'Ancora del Mediterraneo, Napoli, 2010.

³⁸⁰ Más profundamente sobre ello RAAB, S., *Five families: the rise, decline and resurgence of America's most powerful Mafia empires*. Ed. Thomas Dunne Books, New York, 2016.

³⁸¹ PERRUCA ALBALADEJO, V., ``El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental`` *op. cit...* p.12.

los políticos. Hemos de resaltar especialmente el periodo comprendido entre 1970 y 1990 porque durante estos años abarcan otra dimensión la mafia, la Camorra y ‘Ndrangheta todas adquieren un carácter internacional, pasan de ser organizaciones criminales que actuaban en el ámbito regional en el oeste de Sicilia, en Nápoles y en la Calabria Meridional a trasladarse al norte de Italia y posteriormente al extranjero, adquiriendo muchísimo más poder.³⁸² Durante esos años los lazos de las organizaciones criminales con el poder político se estrechan aún más y adquieren un carácter aún más violento.

En esta situación, lo que rompe el “equilibrio” son las grandes cantidades de dinero que aporta el narcotráfico dando lugar a muy graves enfrentamientos entre la mafia siciliana y la camorra. Como aumenta el flujo de dinero el blanqueo del mismo pasa a ser más complicado y la denominada “zona gris”³⁸³ creció exponencialmente.

Durante los años 90 las organizaciones criminales italianas sufren una gran represión. La Cosa Nostra se debilitó más que cualquier otra. Sin embargo, con la globalización se ha producido una gran interconexión e interdependencia desmedida. Posiblemente la Mafia Siciliana fue la primera en presentar un carácter internacional, en exportarse. A medida que aumentaba el índice de criminalidad en Sicilia más personas abandonaban la región, de forma que los inmigrantes italianos trasladaban las formas de actuación de la mafia a los países donde iban. Además, allí también se entrelazó con las organizaciones criminales ya presentes en los Estados Unidos.

La Cosa Nostra quizá sea la mafia con más fuerza o más potente, nació en Sicilia y allí se conoce como la mafia siciliana, pero cuando sus miembros empiezan a sufrir las fuertes persecuciones, sobre todo viajan a Estados Unidos donde se hace llamar a la mafia siciliana “la cosa nostra” un ejemplo de mafioso siciliano que cumple con este patrón fue “Joe Bananas” Giuseppe “Joseph” Bonanno. Hoy en día muchos de sus “capi” están en prisión. La mafia siciliana se ha aliado en muchas ocasiones con la Camorra.

La Camorra quizá sea la primera en surgir pero tiene una historia más discontinua, en primer lugar se dedican al contrabando de tabaco y posteriormente de sustancias psicotrópicas. Tiene su origen en Nápoles, en la región italiana de Campania en el siglo

³⁸² LUPO, S., *Andreotti, la mafia, la storia d'Italia*, ed. Donzelli, Roma, 1996, pp.15-16.

³⁸³ Se trata del nombre que reciben las personas que se relacionan con las organizaciones criminales, el ambiente social próximo a las mismas que les ayudan a blanquear sus ingresos ilegales y son desde políticos, funcionarios públicos, empresarios hasta sus propios familiares, a la luz de AITALA, R., “Fenomenologia dei poteri mafiosi”, en *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, numero 10, 2013, pp. 1-20.

XIV, su nombre quizá proceda de ``ca'morra'' que en dialecto napolitano significa grupo y esto porque existía un juego popular llamado morra al que se debe jugar en grupo, así fue como se identificó a las primeras organizaciones que controlaban la prostitución y los juegos de azar. Es importante destacar como rasgo distintivo del resto de mafias presentes en Italia, que la Camorra no se caracteriza por relacionarse con la política. Pero sí que es cierto que durante la unificación de Italia participaron con Giuseppe Garibaldi, se vieron beneficiados durante el proceso de unificación de Italia debido a la situación tan inestable a todos los niveles del país. Esto no hizo más que potenciar su poder, por lo que en el s. XX prácticamente gobernaban Nápoles.

Son interesantes las aportaciones que hace GAYRAUD³⁸⁴ sobre estos grupos criminales, y así señala que:

-En cuanto a La Cosa Nostra fue la que más se expandió en Estados Unidos. Se alió con las organizaciones criminales del sur de América para traficar con cocaína. Hemos de destacar que uno de sus últimos capo di capi, Nino Di Matteo fue detenido en el 1993 el cual fue enjuiciado y condenado a 13 cadenas perpetuas por haber asesinado a 150 personas.

-Sobre la 'Ndrangheta creó unos vínculos muy fuertes con los narcotraficantes y productores de cocaína colombianos, peruanos y bolivianos se hizo con el control del tráfico de cocaína en Europa. Además, han estado y continúan muy ligados al sector inmobiliario, del transporte y al mundo de la construcción, por supuesto también a la política.

-La Camorra tiene sus orígenes en la región de la Campania. Está compuesta de diferentes clanes. Y uno de sus rasgos más característicos es que sus ``capi'' muestran una vida muy ostentosa. También se dedican al narcotráfico, gestionar de manera fraudulenta residuos tóxicos y a las falsificaciones. Hoy en día se considera que la mayoría de los ``capi'' están en prisión cumpliendo sus condenas bajo un régimen penitenciario específico, previsto en el art. 41 BIS del CP italiano.

-La Sacra Corona Unita según este autor se crea a mediados de los años ochenta en la región italiana de Apulia, especialmente en su capital: Bari, también se dedica al tráfico de drogas, de armas, al tráfico de tabaco así como a la gestión fraudulenta de residuos

³⁸⁴ GAYRAUD, J.F., ``El G 9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado'', ed. Urano, Barcelona, 2009.

tóxicos. También se extendió fuera de Italia por Europa hacía los Países Bajos, Alemania también hacia Suiza y Albania.

En Italia también actúan otras mafias autóctonas de menor entidad, sobre todo en Sicilia que colaboran con las mafias imperantes, hablamos de Stidda, la Camorra Barese y la Gargano, los clanes Laudani, el Cursotti o la Società Foggiana.³⁸⁵

Por último, la forma de actuación de las organizaciones criminales italianas hemos de hablar específicamente sobre ello, ya que tiene sus peculiaridades que la hacen genuina e identitaria. En primer lugar, hemos de decir que solo se recurre a la violencia si es completamente necesario y en caso de utilizarla tiene que ser efectiva, buscan siempre arriesgar lo menos posible para conseguir sus objetivos. También recurren a la violencia de manera ejemplarizante y como forma de escarmiento público, sobre todo si se trata de un miembro de la mafia que ha traicionado. Suelen encargar los castigos a uno de sus familiares o amistades más cercanas a la víctima. Tienen una ley de silencio, *la omertà*, que consiste en un código de honor inviolable, por el cual lo que sucede en el seno del clan o mafia no puede ser contado a personas ajenas a la misma. En la actualidad los delitos más perpetrados por las mafias italianas son: como actividad más importante, el tráfico de sustancias estupefacientes actuando como intermediarios. El tráfico de armas, los homicidios, las amenazas, coacciones y en definitiva la extorsión por encargo, el contrabando de tabaco así como la falsificación de moneda.

Se dedican a las falsificaciones a su producción y tráfico pero también suelen actuar de intermediarios sobre todo para servir a las organizaciones criminales chinas. Blanquean todo el capital fruto de sus actividades ilícitas, realizan inversiones en sociedades capitales de personas de confianza, también en bienes inmuebles.

Están muy presentes en el mundo político a todas las escalas, llegando a controlar el voto de los ciudadanos con el fin de que se elijan a los políticos que consienten y cooperan con sus actividades ilícitas. Unido a esta última actividad también tenemos que hablar de las licitaciones que se realizan a favor de la mafia, los contratos públicos efectuados con sociedades que blanquean sus ingresos, hablamos de concesiones públicas corruptas. Esto lo podemos observar en la actualidad con los contratos públicos de recogida y tratamiento de residuos que son adjudicados a empresas cuyos dirigentes pertenecen a la mafia que además de generarles muchos ingresos vulneran las normas

³⁸⁵ Sobre ello, más profundamente GLENNY, M., *McMafia*, ed. Destino, Buenos Aires, 2008.

medioambientales en cuanto al tratamiento de los residuos, siendo especialmente peligroso cuando se trata de residuos tóxicos.³⁸⁶

También es necesario que destaquemos algunos capi de la mafia más importantes, como: Antonio Ortoleva, Battista Balsamo, Lucky Luciano, Carlo Gambino, Vito Genovese, John Gotti, Al Capone, Joseph Bonanno, Paul Castellano, Meyer Lansky, Frank Costello, Toto Riina fueron personajes de gran importancia de la historia de la mafia en Italia. En la actualidad debemos destacar a Luciano Luggio, Salvatore Rina, Giovanni Brusca, Prieto Aglieri y Bernardo Provenzano a los que considera como protagonistas de la delincuencia organizada italiana.

Apuntado lo anterior y como hemos visto, se ha luchado continuamente contra la maifia pero especialmente debemos destacar que según MORENO OLIVER en el 1963 se inicia la ``Primera Guerra Mafiosa`` la cual se considera que fue la primera investigación oficial contra la mafia. Por ejemplo, Giuseppe Peppino Impastato³⁸⁷ durante los años 70 inició una campaña contra la mafia muy importante. Durante los años setenta se incrementaron los enfrentamientos entre las distintas mafias sobre todo por controlar el mercado del tráfico de estupefacientes. Podemos destacar la ``Mattanza`` una gran guerra entre Mafias de nuevo por controlar el tráfico de drogas.

Y por supuesto, también hemos de resaltar la intensa lucha llevada a cabo por el Juez Giovanni Falcone que fue asesinado, junto a su esposa, así como Paolo Borsellino en el 1992.³⁸⁸ Así, uno de los casos más destacados y mediáticos de lucha contra la mafia en Italia es el del Juez y Director General del Ministerio de Justicia de Italia Giovanni Falcone. Quien encabezó uno de los procesos de investigación más complejos y peligrosos que le costó su vida y la de su esposa. Donde las declaraciones de Tomaso Buscetta fueron claves para el proceso y para poder castigar a los miembros de la mafia. El proceso contó con 474 acusados. El magistrado Giovanni Falcone cuando se convierte

³⁸⁶ Como podemos observar en DE LA CORTE, L., GIMÉNEZ-SALINAS, A., *CRIMEN ORG: Evolución y claves de la delincuencia organizada*, ed. Ariel, Barcelona, 2010.

³⁸⁷ Importante activista italiano, nace y crece en el seno de una familia dedicada a la mafia pero pronto rompe sus lazos con la misma, se convierte en periodista, es miembro del partido Democrazia Proletaria, un partido político de extrema izquierda y protagoniza una actividad político cultural antimafiosa muy importante. Luchar activamente contra la mafia le costó la vida porque fue asesinado en el 1978. Vid. https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/peppino_impastato_vers_def.pdf consultado por última vez el 15/02/2023.

³⁸⁸ O el general Carlo Alberto dalla Chiesa, en 1982.

en el director del Ministerio de Justicia crea varios organismos de investigación para luchar contra la mafia que hoy en día continúa existiendo y funcionando.³⁸⁹

Otro momento importante tuvo lugar en 2013 se celebró el llamado ``Juicio del siglo`` que fue un macroproceso iniciado el 27 de mayo de 2013 pero que se dilató durante años donde fueron investigadas y encausadas centenares de personas de todo tipo, desde personas que solo se dedican a la mafia hasta representantes de la administración italiana, políticos. Este proceso es consecuencia de la gran violencia ejercida por la mafia en los años 90 y las mejoras en la situación penitenciaria de los presos mafiosos, por ello, entre los imputados tenemos políticos como Nicola Mancino, Marcello Dell'Utri, también carabinieri corruptos. Durante este proceso el Fiscal General Antimafia Di Matteo mantuvo que realmente era el momento para entender que la lucha contra la mafia debía reprimir tanto sus brazos armados como políticos, es decir, las relaciones que la mafia siempre ha tenido con la política, con la administración italiana determinando expresamente que ``el Estado puede comprometerse y es capaz de hacer esto``. En el 2018 se dictó sentencia y este proceso demostró que una parte del Estado colaboraba con la Cosa Nostra y se cumplía con sus exigencias a pesar del cambio de gobiernos. Es un proceso que muestra, juzga y condena las relaciones políticas con la mafia.

En conclusión sobre la evolución internacional de la delincuencia organizada, como ya habíamos adelantado, la misma se exporta desde occidente a otros países donde se instala siguiendo parecidos patrones y evolucionando, avanzado e integrándose en la economía, la política, la tecnología y en definitiva en la sociedad. La realidad es que la delincuencia organizada ha aprovechado la globalización, es decir, la apertura de fronteras, los mercados internacionales, el influjo de capital a nivel internacional³⁹⁰, autores como CÓRDOBA MORENO³⁹¹ determinan que la apertura de los mercados tanto legales como ilegales tiene un gran protagonismo en la expansión de la delincuencia

³⁸⁹ PERRUCA ALBALADEJO, V., *El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental. op. cit...* p.57 y ss.

³⁹⁰ Un ejemplo de ello bien podría ser ``la ingeniería financiera`` creada por las organizaciones criminales rusas para ocultar sus transacciones empleando para ello empresas pantalla, así como la colaboración de despachos de abogados, consultores, asesores fiscales y gestores... ejemplo expuesto por LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 23 o el tan mediatizado caso de ``Los Panamá papers`` como podemos observar en O'DONNELL, S., ``Panamá Papers: medios, geopolítica y negocios``, en *Nueva sociedad*, número 263, 2016, pp. 28-34 ejemplar que fue dedicado al Crimen organizado SA. Negocios (i)legales y Estados.

³⁹¹ CÓRDOBA MORENO, S., *LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU PREVENCIÓN. Especial referencia a las pandillas latinoamericanas de tipo violento*, tesis doctoral, Dir. Zúñiga Rodríguez, L.C., Universidad Salamanca, 2015, p.49.

organizada porque al igual que los mercados atienden a la ley de la oferta y la demanda, la criminalidad organizada también, y por supuesto las riquezas que genera el crimen organizado consiguen incluirse en los mercados blanqueando dicho capital. Y en este punto debemos decir que el derecho penal y procesal internacional aún debe avanzar mucho, y que a pesar de que ya se hayan hecho grandes esfuerzos para ello, la territorialidad de la ley penal junto con el *ius puniendi* de cada Estado o el principio de no injerencia reportan garantías, pero siguen dificultando los procesos, esto es investigar, juzgar y castigar si es preceptivo a los victimarios.

Concluamos diciendo que la libre o más sencilla circulación de personas, capital, bienes y servicios ha contribuido sobremanera a la expansión de la delincuencia organizada transnacional, le ha permitido sobrepasar las fronteras de los Estados y perpetrar delitos de forma internacional.

La criminalidad organizada en Italia en la actualidad

Nos gustaría esbozar sucintamente el panorama actual de la delincuencia organizada específicamente de este país para que posteriormente se pueda comprender mejor el capítulo sobre el agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano.

Hoy en día la mafia sigue siendo un fenómeno usual y presente en todos los ámbitos sociales de Italia. Las organizaciones criminales se encuentran infiltradas en la economía legal a través de empresas muy rentables que combinan la realización de negocios legales e ilegales a la perfección. El arraigo territorial es completo y los vínculos políticos y policiales son muy, muy fuertes. En la actualidad, la delincuencia organizada en Italia cuenta con innumerables formas de tener influencia en cualquier entorno invirtiendo, como decimos, en esferas legales para blanquear el capital que surge de sus actividades, para obtener más poder en las zonas en las que actúan y con ello, más control.

Hoy en día, las mafias italianas ya tienen ese control, poder e influencia necesarias y siguen teniendo las mismas necesidades pero sí que es cierto que sus actividades han ido cambiando a medida que ha evolucionado la sociedad, el objeto social de sus sociedades es distinto, pero siguen teniendo empresas porque tienen la misma o más necesidad de licitar sus ingresos. Su apariencia legal les ayuda a cometer delitos pero su *modus operandi* sigue siendo el de antaño. Observamos, por ejemplo, que cada vez adquieren más sociedades que trabajan con productos químicos para que sea más sencillo

adquirir las sustancias necesarias para producir droga, otro negocio muy actual que tienen está relacionado con las máquinas de ocio o ``tragaperras`` presentes en prácticamente todos los lugares de ocio italianos. Las mafias italianas siguen extorsionando, amenazando e intimidando, el pizzo debe ser pagado a cambio de protección, esto no ha desaparecido.

De esta forma, si los empresarios italianos se niegan a pagar las cuotas que les piden le amenazarán a ellos y a toda su familia e incitarán al resto de negocios de la zona que le hagan boicot en todos los aspectos: social y empresario, es decir que cesen sus tratos de toda índole. Si les permiten continuar con vida la mafia se ocupará de su muerte social provocando su aislamiento, la quiebra de sus empresas, que sus vecinos no les hablen, no consuman en sus negocios entre otros boicots.³⁹² Por lo que se sigue afectando a la libre competencia y actuación de los empresarios. Italia cuenta con un fondo de solidaridad para con las víctimas del crimen organizado, la extorsión y la usura al que pueden acceder tras un procedimiento, tras denunciar.

El Estado italiano también busca proteger a las víctimas³⁹³ como bien podemos observar en su última ley de protección de colaboradores de la justicia del año 2001³⁹⁴, donde el Estado italiano fija unas medidas especiales de protección y un programa especial de protección. Italia cuenta con un sistema estructurado de protección de testigos pero la realidad es que los objetivos de esta norma no se cumplen porque los ciudadanos italianos siguen teniendo miedo a denunciar y miedo a acudir como testigos a los procesos penales contra la ``Cosa Nostra``, ``la N'drangheta``, ``la Camorra``, ``la Sacra Corona Unita``.

Por lo que, observamos distintas entidades que ayudan a las víctimas como la ``Federazione delle Associazioni Antiracket e Antiusura Italiane (FAI)`` en la que se agrupan varias asociaciones para luchar contra las extorsiones de la mafia. La misma se ocupa de ayudar a las víctimas en los procesos penales y emprenden la acción civil contra

³⁹² JORDÁ SANZ, C., ``La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta``, *Revista Real Instituto Elcano*, número 51, ed. Real Instituto Elcano, Royal Institute, 2021, pp. 1-8.

³⁹³ Podemos observar que las primeras disposiciones legales que prevén y regulan un sistema orgánico de protección de los colaboradores de la justicia se introdujeron en Italia con el Decreto-Ley n. 8 de 15 de enero de 1991, convertido, con modificaciones, en la Ley n. 82 de 15 de marzo de 1991.

³⁹⁴ LEGGE 13 febbraio 2001, n. 45, ``Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza.`` En español, modificación de las normas sobre protección y sanción de las personas que colaboran con la justicia, así como de las disposiciones en favor de los testigos.

la mafia en dichos procesos, además ofrecen ayuda económica a las víctimas. También podemos resaltar ``Libera`` que se trata de una agrupación de asociaciones y se encarga de promocionar la legalidad sobre todo en el entorno empresarial, ejerce una labor de educación antimafia. El ``Addiopizzo`` que se trata de otra asociación para apoyar a las víctimas de la mafia y creando una red o mapa de empresas que no pagan a la mafia comprometiéndose a apoyarse entre los mismos para no caer en las extorsiones mafiosas.³⁹⁵

En este contexto la utilización de herramientas especiales de investigación era y es necesario para poder investigar, obtener indicios, pruebas, procesar y llegar a castigar a los miembros de las mafias que tanto daño le hacen a la sociedad italiana. Y consideramos que la mafia en Italia sigue existiendo por su gran arraigo y por constituir, en muchas ocasiones, una suerte de justicia adyacente, inmediata y eficiente para muchos de sus ciudadanos.

B) Evolución de la delincuencia organizada en España

Pues bien, una vez abordada la evolución de la delincuencia organizada desde un prisma más internacional, y poniendo especial interés en su desarrollo en Italia, veámosla ahora específicamente en España:

Señala CÓRDOBA MORENO³⁹⁶ que la delincuencia organizada como la entendemos hoy en día se empezó a manifestar en España con las actividades de contrabando o con las actividades de economía sumergida o clandestina tras la Guerra Civil española. Nosotros, consideramos que antes en la historia de nuestro país ya existían actividades al menos semejantes a lo que entendemos hoy en día en cuanto a delincuencia organizada como, por ejemplo, con el tráfico de armas durante la segunda República española o mucho más anterior en el tiempo con las actividades de los bandoleros.³⁹⁷ Concretamente en Galicia, quizá encontremos una de las primeras expresiones de delincuencia organizada en España, tal es el caso de las familias gallegas dedicadas, de forma profesional y organizada al contrabando de tabaco y el siguiente producto fueron

³⁹⁵ JORDÁ SANZ, C., ``La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta``, *op. cit...* p. 6.

³⁹⁶ CÓRDOBA MORENO, S., *LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU PREVENCIÓN. Especial referencia a las pandillas latinoamericanas de tipo violento*, *op. cit...* p. 24 y ss.

³⁹⁷ Como podríamos observar en SANTOS TORRES, J., *El Bandolerismo en España: Una Historia Fuera de la Ley*, ed. Temas de hoy. Madrid, 1995.

las sustancias estupefacientes. Pero el origen de la delincuencia organizada tal y como la conocemos en la actualidad en España lo podemos encontrar en los años 70 según ALONSO PÉREZ³⁹⁸ principalmente por dos razones: el cambio político que experimentamos con la entrada a la democracia y la apertura inexorable del país al resto del mundo con el fomento del turismo y el aumento de las empresas y negocios que ello supuso. Posteriormente, en los años 80 se incrementaron los delitos perpetrados por organizaciones criminales con la llegada a España de las drogas porque se instalaron en el mismo las redes dedicadas al narcotráfico, que daban lugar a otros tipos de delitos tales como los homicidios, asesinatos, blanqueo de capitales etc... A partir de ese momento nos encontramos que a España llegaban personas principalmente procedentes de países latinos que acudían a perpetrar estos delitos y tras un tiempo se marchaban.

Así las cosas, la delincuencia organizada se instala en España en los años 80 pivotando principalmente en delitos propios del narcotráfico, por varios factores: la reciente apertura de nuestras fronteras, la calidad de frontera que tiene España en cuanto al resto de países de la Unión Europea y todo occidente dada su posición geográfica, al idioma que compartimos con Latinoamérica y la llegada de empresarios que invirtieron en España para crear un mercado de turismo.

Ante el aumento de esta nueva fenomenología delictiva en los años 80 el parlamento español aprobó la LO 7/1982, de 13 de julio, regulando los delitos de contrabando pero la apertura de fronteras así como la llegada de extranjeros a nuestro país hicieron que contrabandistas latinos entablaran lazos de colaboración con los grupos criminales gallegos, y posteriormente con otras familias dedicadas también al contrabando de otras comunidades autónomas, extendiéndose por toda España³⁹⁹, como también podemos observar con la entrada de hachís desde Marruecos a Andalucía, sin embargo, como es sabido, la sustancia ilícita más de moda durante los años 80 en toda Europa y también en España fue la heroína y con ella, su suministro por las mafias rusas, especialmente en las costas andaluzas de Málaga⁴⁰⁰ pero hemos de resaltar que con la llegada de las

³⁹⁸ ALONSO PÉREZ, F., *Introducción al Estudio de la Criminología*, ed. REUS, S.A., Madrid, 1999, p. 223.

³⁹⁹ Autores como DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *CRIMEN ORG: Evolución y claves de la delincuencia organizada*, op. cit...p. 344 consideran que estas relaciones también se fueron forjando en las prisiones españolas porque realmente la Ley promulgada en el 1982 sí que estaba resultando efectiva.

⁴⁰⁰ Como apunta DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *CRIMEN ORG: Evolución y claves de la delincuencia organizada*, op. cit... p. 344 ilustran esta realidad operaciones tan famosas como la ``Troika`` o la ``Avispa``.

organizaciones criminales de origen ruso se produjo un incremento de la dureza de los delitos perpetrados en el seno de estas organizaciones, pues comenzaron a producirse más secuestros y asesinatos a manos de sicarios profesionales, además de una delincuencia organizada ligada a la administración pública, corrupción en las instituciones públicas.⁴⁰¹ También debemos apuntar que con la llegada de inmigrantes a España se fueron creando núcleos urbanos donde solían y suelen vivir reunidos, como por ejemplo, los barrios chinos etc... en estos lugares proliferaron las bandas, a la par que se constituían como centros neurálgicos de las operaciones que las organizaciones criminales perpetraban.

Todo esto afectaba a la sociedad y las fuerzas y cuerpos de seguridad que trataban de combatirlo con medios y estrategias que no surtían efecto, aflorando una alarma social que se tradujo en alarma política de la que indudablemente tomó constancia el legislador español dando lugar, por ejemplo, a la introducción en el CP español del delito de blanqueo de capitales⁴⁰² y en el 1993 a la promulgación de la Ley de prevención de blanqueo de capitales⁴⁰³. Además, como el tráfico de drogas seguía siendo uno de los delitos más perpetrado por las organizaciones criminales en el año 1994 se crea el Gabinete de análisis y Coordinación en la delegación del Gobierno para el Plan nacional de drogas 495/1994 constituyendo la primera estructura de coordinación en materia de delincuencia organizada en España⁴⁰⁴. Y es importante destacar que más adelante en el tiempo, en España tuvieron lugar otras operaciones contra la delincuencia organizada, durante los años 2001, 2002, 2004, 2008 cuando se detectó que estaban empezando a irrumpir en España las organizaciones criminales procedentes de Rumanía y en general de los países del este de Europa protagonizando, sobre todo, delitos de falsedad documental, falsificación de moneda y prostitución, entre otros.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ Como por ejemplo, pudimos observar con el suministro de permisos de residencia a los miembros de la organización criminal por la Subdelegación de Gobierno en Barcelona, sobre estas cuestiones más profundamente RINCÓN ANGARITA, D., ``Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado'', en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, número 2, 2018, pp. 57-71.

⁴⁰² GARZÓN, B., MEGÍAS, E., *Narco. El tráfico de drogas como instrumento del crimen organizado. La presencia de las drogas: razones, riesgos y límites*, ed. Germania Serveis Gràfics, S.L., 1997, Alzira, Valencia, p. 50.

⁴⁰³ Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

⁴⁰⁴ Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España, p. 23.

⁴⁰⁵ CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p. 42.

En la actualidad CARDOSO PEREIRA determina que lo normal es que las organizaciones criminales actuales estén compuestas por personas de distintas nacionalidades, pero que los orígenes de la delincuencia organizada en España se asientan en grupos autóctonos de componentes españoles.⁴⁰⁶

Hoy en día, siguen actuando organizaciones criminales que irrumpieron en España en los años 80, operan de forma estable, como es el caso de las mafias colombianas, las mismas han creado un entramado empresarial estable y fructífero, con total apariencia de buen derecho, en España para poder blanquear el dinero procedente de sus ilícitos. En la actualidad, las organizaciones criminales de procedencia colombiana son las que mejor se encuentran camufladas en la economía española junto con las marroquíes aunque cabe apuntar que las últimas en menor medida porque no han terminado de lograr una buena organización y encaje o acomodación en la misma. En cuanto a las actividades delictivas más desarrolladas y que predominan actualmente en el seno de las organizaciones criminales en España son: el tráfico de sustancias estupefacientes (concretamente de hachís y de cocaína) así como el blanqueo de capitales que dimana de éstas. Pero es cierto que esta lucha emprendida por España contra esta fenomenología delictiva, poco a poco está dando frutos ya que las organizaciones criminales han tenido que buscar nuevas rutas para entrar a Europa. Se ha reducido considerablemente el crimen organizado en nuestro país, sobre todo en cuanto a tráfico de sustancias estupefacientes se refiere⁴⁰⁷ y esto, porque España ha implementado los fondos destinados a la lucha contra la delincuencia organizada en los últimos años.⁴⁰⁸

Lo cierto es que hoy en día sigue existiendo y avanzando la delincuencia organizada porque la sociedad sigue demandando productos y servicios ilegales y están dispuestos a pagar por ellos altas cantidades de dinero, sigue existiendo demanda y por esto se crea la

⁴⁰⁶ CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p. 42.

⁴⁰⁷ Salvo del hachís en la que España es el receptor principal y en la que se sigue utilizando nuestro país como vía de entrada hacia otros Estados pertenecientes a la UE y por ello, es necesario crear planes específicos pensados de acuerdo a las debilidades que aún sigue teniendo España para luchar contra esta realidad, por ejemplo toda la zona del estrecho de Gibraltar al encontrarse en este punto de nuestra geografía uno de los principales núcleos de recepción de drogas. Sobre esta cuestión, y más profundamente, habla la Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España, pp.22-24.

⁴⁰⁸ Como podemos observar en el aumento de la cuantía de los fondos de los Presupuestos Generales del Estado dedicados a defensa, que han aumentado desde el año 2017, así como la partidas destinadas a Seguridad ciudadana e Instituciones penitenciarias en las que podemos observar un incremento desde 2018.

oferta, donde como ya hemos explicado en este capítulo, la globalización ha ayudado mucho a este fenómeno delictivo y lo ha convertido en una verdadera lacra mundial sin importar el sistema político que exista en el país en el que se esté llevando a cabo porque como se apuntaba, otro de sus rasgos característicos es que existe y se adapta a cualquier sistema político, aunque normalmente se instala con más facilidad en los países cuyos Estados no pueden abastecer de los servicios más básicos a sus ciudadanos, un claro ejemplo de ello lo encontramos en Colombia⁴⁰⁹ porque realmente existen muchas zonas donde el Estado no puede hacer frente al crimen, donde existe una baja presencia del Estado, es decir que las fuerzas y cuerpos de seguridad que no pueden combatirlo, acompañado de un sistema judicial que en pocas ocasiones puede llegar a castigar estos delitos, donde la impunidad se convierte en lo habitual.

Pues bien, como podemos observar en la ESTRATEGIA ESPAÑOLA PARA LUCHAR CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO⁴¹⁰ es necesaria la cooperación para lograr la seguridad y la defensa, esto se ha empezado a realizar fomentando una mayor comunicación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y específicamente de los servicios de inteligencia de los distintos Estados tanto a nivel nacional como internacional.⁴¹¹

Por otra parte la corrupción⁴¹² en la actualidad también genera que exista mayor delincuencia organizada en los Estados, debemos detenernos especialmente a hablar sobre la corrupción, porque es crucial en la situación actual de la delincuencia organizada por cuanto la misma hace que el crimen organizado pueda instalarse en los Estados pero a la vez también estimamos que es una consecuencia porque los Estados en los que esta fenomenología delictiva está más presente suelen ser también los más corruptos, sirva de ejemplo de nuevo Colombia o bien cualquiera de los países del sur de América y todo ello porque se retroalimenta: la influencia, la apariencia de legalidad, las expectativas de

⁴⁰⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., ``Delincuencia organizada y menores: el caso de Colombia'' en *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado perspectivas de reforma*, Coord. Faggiani, V., ed. BOSH, Barcelona, 2020, pp.261-293. Estado que sufre enormemente con esta tipología delictiva y del que dimana hacia otros países.

⁴¹⁰ Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España p. 23.

⁴¹¹ Sin embargo, opinamos que es necesario crear nuevos modelos de cooperación y colaboración en materia de seguridad y defensa siendo necesario aumentar las investigaciones académicas y las actividades de transferencia del conocimiento entre la academia y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

⁴¹² Efectivamente nos referimos especialmente a la corrupción en la política, en la administración pública, pero también debemos destacar que la corrupción en otros campos, como por ejemplo en los deportes, está aumentando.

negocios para blanquear capitales ilícitos y en muchas ocasiones la inmunidad o el reproche penal laxo, a nuestro parecer.

Otra realidad actual que debemos destacar que ha aprovechado la delincuencia organizada es, sin lugar a dudas, la inmigración ilegal porque hoy en día existen organizaciones criminales dedicadas exclusivamente a procurar la inmigración ilegal, proporcionando a las personas que desean escapar de su países la documentación necesaria para poder viajar o vivir en un Estado distinto al suyo, también el transporte necesario, como cada día podemos ver en el noticiario⁴¹³ a cambio de ingentes cantidades de dinero, por un servicio ilegal y sin garantías que en muchas ocasiones las víctimas deben pagar cuando llegan a los Estados de destino generándoles una deuda para con las organizaciones criminales que normalmente los extorsionan para que se les pague, además esto suele generar en las víctimas el móvil de comisión de otros delitos para poder pagar su deuda como por ejemplo robar, blanquear capital, introducirse en el narcotráfico, o en el tráfico sexual. En este orden de cosas, citar el tráfico de sustancias estupefacientes, de armas, la trata de seres humanos, la falsificación documental ligada a la última pues son los delitos⁴¹⁴ que más riquezas generan en todo el mundo y esto, como no puede ser de otra manera, impacta en la economía de los ciudadanos, de las empresas, de la administración pública generando una gran inseguridad social. Además de los robos con fuerza, robos de vehículos, delitos de propiedad intelectual e industrial, contrabando y estafas.⁴¹⁵

Pero si algo debe ser puesto de relieve sobre la delincuencia organizada en nuestros días es, sin lugar a dudas, que ha dado el salto al plano virtual es decir, que ha cambiado de escenario y se ha adaptado también al uso de las nuevas tecnologías, al avance de las nuevas comunicaciones. La realidad es que el ciberespacio proporciona a los delincuentes nuevas oportunidades delictivas muy amplias donde las organizaciones criminales han

⁴¹³ ANGUITA OLMEDO, C., ``La delincuencia organizada: un asunto interior de la unión europea. Concepto, características e instrumentos para su neutralización'', *Revista Española de Relaciones Internacionales*, número 2, 2010, p.164. CANCIO M., M. ``El injusto en los delitos'' en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, coords. CANCIO, M., POZUELO, P., ed. Cizu Menor, Thomson Civitas, 2008, pp. 395-449.

⁴¹⁴ Sobre ellos y más específicamente se hablará en los siguientes epígrafes.

⁴¹⁵ Que como apunta la Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España ``requieren de una actuación contundente para reducir su impacto y sobre todo una monitorización, un seguimiento específico de estas realidades'', pp.23-24 y 25 expectativa que compartimos.

encontrado la oportunidad de perpetrar otros delitos distintos a los que ya cometían en el plano físico, los delitos tecnológicos: pornografía infantil, suplantación de identidad⁴¹⁶, la preparación y contratación de asesinatos, tráfico de seres humanos, tráfico de órganos así como nuevos delitos tales como el cyberbullying, cybergrooming, child grooming o el stalking. El crimen organizado también está aflorando a través de las apuestas on-line y además se están utilizando nuevas formas para blanquear capitales como criptomonedas, nuevas tecnologías como el blockchain y en los mercados ilícitos existentes en la deep web.

Internet ha hecho que se creen nuevas formas de delinquir en la distancia y desde cualquier parte del mundo a la par que de forma anónima o cuasi anónima, la opacidad⁴¹⁷ es una de las características más importantes y aprovechadas por las organizaciones criminales.

El comercio electrónico ha generado también que se produzcan grandes transferencias a través de la web y este cambio en las formas de consumo, de nuevo ha sido aprovechado por las organizaciones criminales, otra realidad que constata que el ciberespacio ofrece nuevas posibilidades para las organizaciones criminales, porque es mucho más complejo interceptar las comunicaciones y porque día a día implementan sus fórmulas para no ser descubiertos lo que hace aún más difícil descubrirlos y con ello punirlos⁴¹⁸ por ello, es esencial la labor de los juristas dedicados a la investigación de las nuevas formas de criminalidad para tratar de descifrar hacia dónde van a dirigirse las actuaciones de las organizaciones criminales, inexorablemente en este nuevo entorno.

2.4.3. Principales características de la delincuencia organizada

Las características generales de esta fenomenología delictiva son:

⁴¹⁶ Más profundamente sobre esta cuestión CORTIJO FERNÁNDEZ, B., ``La investigación de los delitos tecnológicos'', en *Dirección y gestión de seguridad (DYGSEG)*, Coord. Sánchez Díez, I. E., Antón Prieto, J.I., García Alfaraz, I., Pérez Álvarez, F., 2013, pp. 633-639.

⁴¹⁷ Siendo ``*Un crimen de muy alta intensidad y muy baja visibilidad*'' como estima GAYRAUD, J. F. *El G9 de las Mafias en el Mundo. Geopolítica del Crimen Organizado. op. cit...*, p. 27, opinión que compartimos.

⁴¹⁸ Más profundamente sobre ello SERRANO FERRER, M.P., *El reflejo de las nuevas tecnologías en el derecho penal y otros destellos*, ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

A) Conjunto de personas que cometen delitos

Estamos ante un conjunto de sujetos que expresamente se agrupan para cometer delitos con una jerarquía y repartiendo entre ellas las responsabilidades y las tareas necesarias para cumplir sus fines delictivos. Es decir, que los grupos se articulan de forma organizada, existe una férrea disciplina, control y un reparto de tareas entre los distintos miembros.

B) Unión en el tiempo de forma prolongada o indefinida

Se crea una unión tiene un carácter estable pero sus miembros pueden ir cambiando, en muchas ocasiones en las que la organización criminal está compuesta por familias o clanes, los cargos se heredan o se transfieren a otros miembros de la familia, en aquellas en las que no existen vínculos de sangre o afectivos los miembros se van renovando, la estructura puede cambiar para que dicha mafia siga existiendo.

C) Su fin es el lucrarse con el crimen

Es su principal objetivo, a la luz de la Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023 *“cualquier otra estrategia que pueda aparecer es instrumental y por tanto subordinada a la primera”*⁴¹⁹ combinando para ello la apariencia de legalidad con lo ilícito suelen utilizar estructuras previas comerciales, esto es, empresas con el fin de blanquear los beneficios obtenidos de sus actividades delictivas. En España, en los años 90 proliferaron muchas organizaciones criminales que perpetraban los llamados delitos de *“cuello blanco”* porque los miembros activos de dichas organizaciones criminales pertenecían a las altas esferas sociales que se encargaban de la preparación o ideación de los delitos, así como de procurar los contactos pero que la perpetración final de los mismos no eran llevadas a cabo por ellos, lo que hacía mucho más complicado su imputación.

⁴¹⁹ Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España, p.19.

D) Uso de la violencia

Utilizan la violencia para lograr sus objetivos y sus manifestaciones se tipifican en delitos graves⁴²⁰ que afectan a bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual etc... provocando una gran alarma social incitando a que los ciudadanos vivan con miedo y sensación de inseguridad constantes.

E) Carácter internacional y estructural

Puede tener carácter transnacional porque como ya hemos apuntado la delincuencia organizada se ha transferido a otros Estados y las organizaciones criminales operan en distintos países aprovechándose de la globalización, la apertura de fronteras, los mercados internacionales, las conexiones entre los países tanto marítimas, aéreas o terrestres, los movimientos de personas, capitales y mercancías. Por ello, otra de las características es su volatilidad y adaptabilidad, modificando su *modus operandi*, sus rutas, sus puertos, sus colaboradores así como las medidas de seguridad y cautelas que adoptan tanto para lograr escapar de las fuerzas y cuerpos de seguridad como para defenderse de los ataques de otras organizaciones criminales. Esta característica ha hecho que la delincuencia organizada, que ha existido siempre, haya dado un salto cualitativo.

Cuando decimos que la delincuencia organizada es estructural, nos referimos a que puede ocurrir en cualquier esfera social, el crimen organizado ha conseguido penetrar en todos los ámbitos sociales y provoca efectos devastadores en la sociedad afectando a todos los ciudadanos, a la administración pública con la corrupción de las instituciones públicas, así como a la economía, fomentando la economía sumergida.

Pues bien, todas estas características las podemos apreciar como denominador común de la delincuencia organizada en diversas estrategias para combatirla.⁴²¹

⁴²⁰ Tales como delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, secuestro de personas, trata de seres humanos, los relativos a la prostitución, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra el patrimonio histórico, tráfico de especies de flora o fauna amenazada, tráfico de material nuclear y radiactivo, contra la salud pública, falsificación de moneda, falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, de terrorismo.

⁴²¹ Como es el caso de la Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Estrategia de Seguridad Nacional 2017 Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Publicada en el BOE, núm. 309, Sec. I Págs. 125966 a 126004 el 21 de

2.4.4. Factores de la delincuencia organizada

Del análisis de la literatura podemos diferenciar varios factores o razones que explican la proliferación de este tipo de delincuencia:

A) La inseguridad

Con respecto a la inseguridad, decir que la incapacidad de los países para proporcionar a sus ciudadanos un mínimo de seguridad a través de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado tiene una incidencia directa en la existencia de la delincuencia organizada. Se produce una relación entre la inseguridad con los procesos de exclusión social, vinculación que se profundiza y refuerza con las respuestas institucionales de los Estados que no son efectivas y por consecuencia, como exponemos, se mantienen estos problemas impactando en la economía y en el crecimiento social y por supuesto, el respeto a los derechos humanos.

En estrecha relación con la inseguridad está el uso de la violencia, que provoca junto a otras causas, dicha inseguridad en la sociedad, porque las organizaciones criminales tienen carácter violento y utilizan la violencia para perpetrar sus delitos más propios. Hablamos de violencia en todas sus versiones (física por supuesto y mental mediante extorsiones etc...) es utilizada para conseguir sus fines, para obtener el control a través de la misma en las zonas donde se llevan a cabo sus actividades delictivas dando lugar a la creación de órdenes sociales, económicos y políticos paralelos, informales, con zonas donde el Estado tiene una baja presencia. Este es el clima idóneo para que se genere y se perpetre en el tiempo esta fenomenología delictiva a la par que es utilizada para que

diciembre de 2017. Departamento de la Presidencia del Gobierno, Gobierno de España, la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. Publicada en el BOE, núm. 103, Sec. I. Págs. 43437 a 43455 el 30 de abril de 2019. Estrategia de Seguridad Marítima nacional del 2019 Orden PCI/567/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Plan de Acción de Seguridad Marítima, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. Publicada en el BOE, núm. 25, Sec. III. Págs. 55972 a 55982 el 25 de mayo de 2019. Departamento Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea 2010 adoptada por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en su sesión de los días 25 y 26 de febrero de 2010 y aprobada por el Consejo Europeo de los días 25 y 26 de marzo de 2010 y la Estrategia Global para la política exterior y de seguridad del 2016 de la Unión Europea presentada ante Consejo Europeo celebrado los días 28 y 29 de junio de 2016.

ingresen nuevos miembros en las organizaciones criminales, para que colaboren con ellos, perteneciendo a cualquier clase social, a cualquier ámbito.⁴²²

B) La pobreza

Por lo que se refiere a la pobreza, el que la misma exista en un país, o en una determinada zona del Estado fomentan que se produzca y que se perpetre la delincuencia organizada porque la escasez de recursos, el hambre, la incapacidad de acceder a los servicios básicos como la educación, los servicios sanitarios y, en definitiva, todos los servicios sociales necesarios para vivir dignamente son especialmente importantes. La necesidad hace a las personas incluirse, permitir o perpetrar delitos en el seno de las organizaciones criminales, también hace que se tolere la presencia de grupos violentos y criminales entre otras cuestiones.

En conclusión, cuando los Estados son incapaces de proporcionar al menos los servicios más básicos y necesarios a sus habitantes y existe un gran sector económico informal, se generan brechas en la cohesión social y política, que son aprovechadas por el crimen organizado, todo lo cual influye en gran medida en que los ciudadanos se involucren en la delincuencia organizada, que surja y se perpetre en el tiempo la delincuencia organizada, tanto es las zonas rurales como en las no rurales pero sobre todo, en las zonas rurales que sufren aún más la pobreza.⁴²³

C) Las estructuras criminales preexistentes y la impunidad

En cuanto a las estructuras criminales preexistentes y la impunidad, señalar que, sobre todo en aquellos países con más tradición en lo que la delincuencia organizada se refiere como puede ser el caso de muchos Estados latinos, pongamos en esta ocasión como ejemplo México, Chile, Ecuador por supuesto como ya hemos apuntado en otras ocasiones Colombia, donde los grupos criminales se reparten los territorios de actuación así como las áreas de influencia y establecen marcos estables de colaboración.⁴²⁴ Se trata

⁴²² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., ``Delincuencia organizada y menores: el caso de Colombia'' *op. cit...* pp. 272-277.

⁴²³ CAJIAO, A., GONZÁLEZ, P., PARDO, D., y ZAPATA, O., *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*, ed., Fundación ideas para la Paz, Real Instituto Elcano, 2018, p.9.

⁴²⁴ CAJIAO, A., GONZÁLEZ, P., PARDO, D., y ZAPATA, O., *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*, *op. cit...* p.10.

de organizaciones criminales asentadas en los territorios desde antiguo y tanto es de esta forma que los ciudadanos los entienden como normales y cotidianos.

Por otra parte, y también influido por la realidad que acabamos de perfilar, hemos de hacer especial mención a la impunidad, porque se trata de otro factor que desgraciadamente siempre ha ido unido a la delincuencia organizada, así las cosas, en la actualidad por su carácter internacional y su incursión en el plano virtual, es complicado para los Estados investigar, desarticular y poder castigar a los miembros de las organizaciones criminales sobre todo por su carácter tan versátil, por encontrarse en todas partes, por la corrupción⁴²⁵.

D) La transnacionalidad

Por lo que se refiere a la transnacionalidad, este es uno de los factores más actuales y característicos de la delincuencia organizada, también el que más problemas ocasiona a nivel jurídico. Y como hemos ya apuntado se debe a la globalización económica, social y cultural que ha hecho que las estructuras y las redes del crimen organizado se modifiquen y por ello, que cambien su forma de actuar por lo que han variado mucho los delitos que se tratan de investigar y castigar por la justicia penal.⁴²⁶

La delincuencia se ha convertido en transfronteriza, esta es la realidad que venimos mostrando, en la que toda la literatura coincide, pero es necesario apuntar que se distribuye de forma diversa dependiendo de las condiciones regionales y el tipo de actividad delictiva a la que se dedique la organización criminal.⁴²⁷

También, debemos destacar de nuevo la migración que es otro de los factores que influyen en la presencia de la delincuencia organizada en los Estados pues hace que se expanda la misma debido a que, como se ha expuesto en los anteriores epígrafes, la delincuencia organizada de occidente se traslada a los Estados Unidos con ocasión de la

⁴²⁵ MUÑOZ RUIZ, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.23. Sobre la necesidad de ampliar el ámbito de actuación del agente encubierto para que también pueda investigar delitos de corrupción relacionados con la delincuencia organizada SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., `` Investigar y combatir la corrupción a través del Agente Encubierto'' en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 11, 2023, pp. 39-62.

⁴²⁶ QUINTERO OLIVARES, G., ``Organizaciones y grupos criminales en el Derecho Penal de nuestro tiempo'', en *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Coord.Villacampa Estiarte, C., ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 24.

⁴²⁷ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D. ``Estrategias geopolíticas de la criminalidad organizada: Desafíos de la inteligencia criminal'', en *Criminalidad organizada trasnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados Democráticos*, Coord. Ballesteros Sánchez, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 107.

emigración de las familias en busca de mejores oportunidades, sin embargo la marginación de grupos étnicos y los lazos de nacionalidad incitan a adentrarse en bandas o grupos buscando protección e identidad. Las organizaciones criminales también trafican con los migrantes, siendo la inmigración ilegal una de las principales fuentes de ingresos de las mismas en la actualidad, la delincuencia organizada se manifiesta en la inmigración porque existen organizaciones criminales dedicadas exclusivamente a la ayudar a migrar como se ha explicado en los apartados anteriores.

2.4.5. Delincuencia organizada y terrorismo⁴²⁸

Especial mención merece hablar de la delincuencia organizada y del terrorismo, para terminar de definir el medio en el que puede actuar el agente encubierto. Así, consideramos que el terrorismo puede ser una manifestación más de la delincuencia organizada, de hecho el propio art. 282 BIS apartado cuarto letra n) prevé la actuación del agente encubierto para investigar delitos de terrorismo siempre que sean cometidos por tres o más personas asociadas de forma permanente o reiterada, es decir, siempre que se incardinan en la delincuencia organizada. Así, creemos que el terrorismo también es delincuencia organizada pero dentro de la misma tiene un factor o característica que lo diferencia de las organizaciones criminales cuyo móvil de todos sus delitos es el lucro; en el caso del terrorismo no se actúa solo por dinero sino también por convicciones políticas y/o religiosas. Las organizaciones o grupos terroristas actúan con finalidad política/religiosa de modo criminal donde el odio o la fe justifican el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos. Detrás de los grupos y organizaciones terroristas siempre hay una ideología muy formada que no tienen siempre todas las organizaciones criminales, en el caso del terrorismo siempre se encuentra inspirado por ideologías políticas o bien religiosas que a veces se apoyan mutuamente: el fanatismo político, el fanatismo religioso, el fanatismo étnico cultural.

Mientras que el resto de organizaciones criminales pueden no tener ideología o sentir político y/o religioso, el terrorismo siempre lo tiene. Las organizaciones o grupos terroristas pueden no tener una motivación económica en cambio las organizaciones criminales siempre tienen una motivación económica. Las organizaciones terroristas pueden surgir y mantenerse por una motivación exclusivamente política o religiosa o bien

⁴²⁸ En esta tesis, en muchas ocasiones cuando hablamos de delincuencia organizada también añadimos ``y terrorismo'' por las razones que explicamos en este apartado.

político-religiosa en cambio las organizaciones criminales no surgen y se mantienen en el tiempo por esos motivos, sino por los lucrativos.

Autores como BUSCAGLIA, GONZÁLEZ RUIZ, FUMARULO y PRIETO PALMA determinan que el terrorismo *“se trata de una actividad que busca generar terror en la sociedad para obtener fines políticos”* y también dicen que *“el terrorismo es un instrumento político reprobable e inadmisible.”*⁴²⁹

Autores como SIRVENT ZARAGOZA definen el terrorismo como *“El empleo de la violencia por un grupo de individuos, habitualmente capaz de llegar al asesinato, contra una determinada sociedad, sus instituciones o su población con una determinada finalidad política”*.⁴³⁰

La delincuencia organizada también engloba al terrorismo porque está formada por organizaciones y grupos muy diversos en los que también se enclavan los terroristas, y porque las organizaciones o grupos terroristas protagonizan o se involucran en actividades propias de la delincuencia o criminalidad organizada. Se puede producir una colaboración entre las organizaciones o grupos terroristas con las organizaciones criminales, porque en puridad, van a cometer los mismos delitos aunque la organización o grupo terrorista los realice para conseguir objetivos políticos o religiosos, más allá del solamente lucrativo que es el que perseguirían las organizaciones o grupos criminales que realizan actividades propias de la delincuencia organizada pero que no son terroristas.⁴³¹

Sin embargo, nosotros hablamos de delincuencia organizada y terrorismo por esos rasgos tan característicos que nos hacen citarla expresamente, también por su importancia y porque en definitiva, no pensamos que sean conceptos sinónimos o idénticos porque no todas las organizaciones criminales son terroristas ni todos los terroristas forman parte de una organización criminal y por lo tanto no hablamos siempre de delincuencia organizada y además se puede cometer un atentado terrorista sin pertenecer a un grupo u organización

⁴²⁹ BUSCAGLIA, E., GONZÁLEZ RUIZ, S., FUMARULO, S., PRIETO PALMA, C., *“Delincuencia Organizada y Terrorismo. Su combate a través de la Convención de Palermo”* en *Revista Universitaria de la Universidad Católica de Chile Delincuencia Organizada y corrupción*, número 1, 2003 p.4.

⁴³⁰ SIRVENT ZARAGOZA, G., *“Terrorismo y delincuencia transnacional organizada en el siglo XXI”* en *Cuadernos de estrategia*, número 120, 2003, p. 24.

⁴³¹ Como DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., *“¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos”* en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, número 1, 2013, p. 160 también opina en este sentido y dice expresamente *“La compra de armas, explosivos o documentación falsa a grupos criminales es un recurso al que los terroristas pueden recurrir cuando carecen de las capacidades u oportunidades necesarias para obtener tales productos por sus propios medios.”*

terrorista pero sí compartiendo sus ideales y ``su lucha`` como hemos podido ver en los últimos años con el ``terrorismo individual``.

Así las cosas, las organizaciones o grupos terroristas también son grupos y organizaciones criminales de tres o más personas que realizan de forma permanente o reiterada conductas que tienen como fin cometer alguno o algunos de los delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim por lo que el agente encubierto también puede investigarlas sin embargo, siempre persiguen una finalidad política y/o religiosa donde no todas las organizaciones criminales tienen un fin político y/o religioso, este es el rasgo que hace que hablemos de delincuencia organizada y terrorismo.

Por último, decir que en la actualidad el agente encubierto solo puede ser autorizado para investigar los delitos de terrorismo previstos en 572 a 578 del CP siempre que éstos se realicen por una organización o grupo criminal, en el seno de lo que la LECrim entiende por delincuencia organizada, es decir que solo puede investigar dichos delitos de terrorismo si se sospecha que están siendo preparados o perpetrados por tres o más personas asociadas de forma permanente y reiterada. Luego, hoy en día en España no se pueden investigar delitos de terrorismo perpetrados por los llamados ``lobos solitarios``, es decir los delitos terroristas cometidos por una sola persona, ni por dos personas, ni por tres o más personas que no se encuentren asociadas de forma permanente o reiterada porque el ámbito de actuación actual del agente encubierto en España no lo permite. Si el agente encubierto investiga delitos de terrorismo la competencia para enjuiciar dichos ilícitos la tendrá la Audiencia Nacional.

CAPÍTULO TERCERO

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN PENAL. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS INVESTIGADOS EN LA INSTRUCCIÓN

3.1. CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN PENAL

3.1.1. Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas

Hoy en día, a pesar de que aún no contemos con un estatuto que regule la figura del agente encubierto sí tenemos por seguro que habrá de desempeñarla un profesional, de la policía judicial al establecerlo expresamente el art. 282 BIS LECrim: *“el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta...”* Y además, dentro de la policía judicial establece la LECrim en el apartado segundo del art. 282 BIS que *“Ningún funcionario de Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.”*

Así, las actividades encubiertas deberán desempeñarlas los agentes de policía que formen parte del sector especializado dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del que constituyen la policía judicial, cuya principal función es investigar los delitos que se hubieren cometido en su demarcación de actuación, averiguar los delitos, descubrir a los delincuentes recogiendo todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito que corran el riesgo de desaparecer poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Para ello, la policía judicial debe practicar las diligencias más oportunas previa autorización judicial. La policía judicial está dirigida por los Jueces y Magistrados así como por el Ministerio Fiscal.

A) La policía Judicial

Constituye una pieza esencial en nuestro sistema de justicia penal y muy especialmente en las operaciones que nos ocupan.⁴³² En primer lugar, debemos referirnos

⁴³² Art. 547 LOPJ.

al art. 104 de la CE el cual establece que las fuerzas y cuerpos de seguridad tienen la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, además de en los arts. 15 y 17 de la CE, en los que se establece el derecho a la libertad, a la seguridad, a la integridad física y moral. De todos ellos, extraemos que la policía judicial cuando realice la investigación del delito así como el descubrimiento y aseguramiento del delincuente depende del poder judicial funcionalmente y al estar compuesta por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado depende orgánicamente del Ministerio del Interior. La policía judicial encuentra su desarrollo normativo en la LOPJ y en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS, en adelante), así como en el RD 769/1987, de 19 de junio que la desarrolla. Así como, específicamente en los art.282 a 298 de la LECrim. En el art.548 de la LOPJ se establece su dependencia funcional de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal y en los arts.773 y 777 de la LECrim se establece la dependencia funcional de la policía judicial en el desempeño de las funciones de averiguación del delito y del delincuente, en el curso del proceso penal, quedando bajo las órdenes del Juez o Fiscal competente.

B) Tipos de policía judicial

Si bien es cierto que, debemos diferenciar los tipos de policía judicial que existen para determinar correctamente en el que se encuentra el agente encubierto. Así las cosas, atendiendo al momento procesal en que nos encontremos podemos diferenciar dos tipos de policía judicial, esto es, la que actúa antes de que se haya abierto el proceso y la que lleva a cabo sus actividades durante la fase de instrucción de la causa. La policía judicial que actúa por su propia iniciativa realizando las primeras diligencias de prevención y aseguramiento cuando tienen noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, que realizan la ocupación y custodia de los objetos que provienen del delito o que están relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello a la Autoridad Judicial o Fiscal.⁴³³ Aquellos que realizan las diligencias de prevención, consideramos que se trataría de una la policía judicial genérica compuesta por todo tipo de policía: local, autonómica, estatal tanto policía nacional y guardia civil. Cuando la instrucción ya está abierta y por ello, el proceso penal ya iniciado, actúan bajo las órdenes de los Jueces y fiscales, son agentes especializados que se dedican a ejecutar las diligencias de

⁴³³ Art. 4 del RD 769/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

investigación ordenadas al servicio de los entes judiciales, en este caso solamente estamos ante agentes pertenecientes a los cuerpos de la policía nacional, la guardia civil, las policías autonómicas como la Ertzaintza del País Vasco, los Mossos d'esquadra en Cataluña o la Policía Foral en Navarra. Los policías locales también podrían colaborar con la misma.

En definitiva, los policías que van a protagonizar las actividades encubiertas son funcionarios miembros de la policía judicial que auxilian a los órganos judiciales así como al Ministerio Fiscal en la investigación, en el descubrimiento de las personas implicadas así como en su aseguramiento. Los miembros de la policía judicial y por ello, el agente encubierto trata de obtener pruebas y de descubrir quiénes son los responsables de los delitos así como detenerles cuando sea procedente, también averiguar las circunstancias en las que se ha perpetrado el delito dando cuenta inmediata al Juez, o Fiscal. Auxiliar, por lo tanto, al órgano jurisdiccional en las actividades que se realizan fuera de la sede judicial. Realizan las actividades que ordene la autoridad judicial o fiscal, en virtud del art. 549 de la LOPJ.

C) La Unidad especializada de Agentes Encubiertos

Acercándonos más al objeto de este trabajo de investigación y dentro siempre del servicio de policía judicial, hemos de exponer que se observan departamentos o unidades especializadas en diversas materias con el objetivo de mejorar, agilizar las investigaciones de delitos complicados de esclarecer, así tenemos unidades especializadas en crimen organizado, en investigación tecnológica cibercrimen y nuevas tecnologías, en la investigación del tráfico de drogas etc... Estos agentes tienen una formación específica en estos asuntos de acuerdo a las actividades especiales que deben realizar.

De esta forma, también existe una Unidad especial de agentes encubiertos, en la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, específicamente en la Jefatura de la policía Judicial, que cuenta con el apoyo de la Unidad Técnica de la Policía Judicial. Esto es debido a que estos funcionarios policías tienen que contar con unos conocimientos específicos sobre infiltración, sobre actividades de investigación secretas, sobre derecho penal y procesal, criminología etc... Pues bien, dicha unidad es la que realiza la selección del agente encubierto de acuerdo al perfil que se busque en virtud de las necesidades

manifestadas en la operación⁴³⁴ pudiendo en muchos casos contar con agentes de otras unidades especializadas porque se requiera un determinado conocimiento para la operación.

Existen autores que consideran que no es un requisito obligatorio pertenecer a la Unidad de agentes encubiertos del Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil, porque en la práctica esto no garantiza el éxito de la operación encubierta.⁴³⁵ Pero toda actividad encubierta que se lleve a cabo en España tiene que ser seguida y controlada por la Unidad especial de agentes encubiertos. Esta actividad nunca puede ser protagonizada por un particular porque la LECrim indica expresamente que debe ser un funcionario perteneciente a la policía judicial⁴³⁶. Así, estos agentes tienen que tener unos conocimientos que se pueden enseñar y adquirir, pero también es necesario, y esto es una de las causas que motivan la voluntariedad, que cuenten con unas características psicológicas específicas, porque no todo el mundo puede o quiere abandonar su vida para entregarla a su trabajo, no todos pueden o desean vivir en una ficción, no todo el mundo puede someterse al nerviosismo que puede generar actuar en una organización criminal.

Se suele elegir al funcionario policía que mejor encaje en la organización criminal que se estuviere investigando,⁴³⁷ por ello, no solamente se produce una colaboración e intercambio de agentes entre distintas unidades de la policía española, sino que en algunas ocasiones han sido unidades de policía extranjeras las que han suministrado agentes a España para procurar una infiltración exitosa y viceversa. Así las cosas, la Unidad de agentes encubiertos se compone de funcionarios policías especializados en las operaciones encubiertas. Algunos de ellos se encargan, como hemos apuntado, de formar a los agentes, otros de supervisar y controlar las operaciones encubiertas y otros de

⁴³⁴ Aunque es cierto que el Fiscal o Juez de Instrucción puede promover o animar a que lo sea alguno de los agentes que ha protagonizado los acercamientos previos y primeras pesquisas.

⁴³⁵ Como podemos apreciar en LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit..., p. 60, RIZO GÓMEZ, B., "El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado", *Cuadernos de Política Criminal*, número 125, 2018, p. 16. Con el que coincidimos.

⁴³⁶ Recordemos también que el Anteproyecto de LECrim lo prohíbe.

⁴³⁷ Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en si una operación en la que se investiga una organización criminal que se dedica al tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual, aquí se buscaba a una agente de policía con apariencia infantil, es necesario seleccionar a un policía que encaje en el rol para que su actuación llegue a ser exitosa. Por lo anterior, en algunas ocasiones no todos los funcionarios que son agentes encubiertos pertenecen a la Unidad Especializada de Agentes Encubiertos, porque para encajar en la organización criminal se requiera una apariencia o unos conocimientos específicos, lo que sí que ocurre siempre es que todas las operaciones encubiertas estarán controladas y supervisadas por la Unidad Especializada de Agentes encubiertos.

protagonizarlas, de ser el agente encubierto. También cuentan con personal de gestión y apoyo.

Autores como GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ y LAFONT NICUESA consideran que en todas las operaciones encubiertas intervienen dos unidades policiales: la Unidad de Agentes Encubiertos (que venimos describiendo) y la unidad o equipo de investigación. Dentro de la Unidad de Agentes Encubiertos encontramos al propio agente encubierto, al agente controlador o de enlace y al supervisor táctico. En la unidad o equipo de investigación observamos a los investigadores, los analistas y los policías que se encargan de cada operación encubierta (el agente encubierto, el agente controlador o de enlace etc...).⁴³⁸

Las principales funciones de las que ha de ocuparse la Unidad de agentes encubiertos y la unidad o equipo de investigación son, como ya se adelantaban: Analizar la información obtenida por la policía judicial sobre la organización criminal para seleccionar al agente encubierto, contactar con el mismo, proporcionarle la debida formación o informaciones necesarias sobre la misión, crear las ``coberturas`` o ajustarse a las ya existentes, solicitar la autorización del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción, crear el plan de infiltración, cuando comience la operación han de supervisarla, seguirla. Son los profesionales que transcriben las escuchas y elaboran las actas con toda la información que les trasmite el agente encubierto, planifican los pasos a seguir dependiendo de cómo se esté desarrollando la investigación, por último, también planifican la salida o retirada del agente encubierto de la organización criminal.

Las distintas unidades de policía y el equipo o unidad de investigación tienen que trabajar de manera coordinada en la operación para evitar infiltraciones paralelas con un mismo objeto, si el agente encubierto viene de una unidad policial extranjera, las fuerzas policiales españolas también deberán cooperar con la misma. Con estos fines normalmente se celebra una reunión para organizar la cooperación entre los cuerpos policiales que intervengan, en la misma, si resulta que existen dos operaciones encubiertas normalmente se decidirá sobre la necesidad de retirar a uno de los agentes encubiertos.

⁴³⁸ GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J., ``Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil``, en *Curso de formación continua de fiscales. La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2016, p. 6 y LAFONT NICUESA *El agente policial encubierto*, op. cit..., pp.61-62.

La coordinación se debería llevar a cabo utilizando bases de datos centralizadas de agentes encubiertos, como ocurre en Inglaterra.⁴³⁹

Como podemos deducir, las operaciones encubiertas requieren de muchos esfuerzos de distintos profesionales además del trabajo y compromiso del propio agente encubierto en la organización criminal, podemos decir que esta herramienta de investigación personal que puede ser utilizada en el proceso penal conlleva la cooperación de muchas personas especialistas para que resulte exitosa.

Por último, nos gustaría hacer una mención especial al agente controlador o de enlace o ``agente de cobertura`` que es el funcionario policía perteneciente a la unidad de agentes encubiertos al que el agente encubierto le trasmite en primer lugar toda la información recabada, normalmente es esta persona la que redacta las actas⁴⁴⁰ con toda la información para poder trasmitírselas al juez instructor, también es la que valora los riesgos y avisa al agente encubierto de las facultades que posee y cómo actuar para no trasgredir su cobertura, en definitiva, es quien asesora al agente encubierto durante la infiltración. Es la persona a la que el agente encubierto debe acudir en primer término en caso de dudas o de que necesite la autorización judicial preceptiva del Juez de Instrucción para realizar alguna acción que pueda vulnerar derechos fundamentales. Es la persona con la que más confianza, honestidad y lealtad además de fluidez informativa tiene que tener el agente encubierto. Este agente también debe elaborar un diario escrito sobre las conversaciones que tenga con el agente encubierto.

3.1.2. La falsa identidad y el plan de la operación encubierta

A) Sobre la identidad falsa y su nueva vida:

En primer lugar, tenemos que diferenciar entre el nombre falso que se podría usar en los contactos previos⁴⁴¹ con la organización criminal de la identidad falsa y supuesta

⁴³⁹ Donde podemos encontrar el National Intex que contiene dichos datos además del historial de entrenamiento, su perfil y sus habilidades.

⁴⁴⁰ Esta cuestión será tratada con más profundidad en los siguientes apartados de esta tesis, porque requiere de una explicación más específica dada la importancia probatoria de las actas que emanan de la investigación del agente encubierto.

⁴⁴¹ Durante los contactos previos los agentes de policía aún no han obtenido la autorización para ser agentes encubiertos, por lo que no le sería de aplicación el apartado 5 del art. 282 BIS, no estarán exentos de responsabilidad criminal. Todas sus actuaciones podrán ser tenidas en cuenta como prueba, incluidas las declaraciones que realicen sobre todo lo que vieron y escucharon en este tiempo, es decir que las actividades que realicen sin dicha autorización serán legítimas en virtud al art. 126 CE y serán legales siempre que no entrañen la provocación delictiva ni vulneren ningún derecho es decir, que la policía judicial deberá cuidar

totalmente pensada y suministrada por el Ministerio del Interior una vez se dicte la autorización judicial, a la luz del art. 282 BIS LECrim apartado primero.

Siguiendo el *iter* más habitual de estas operaciones, durante los contactos previos que establece la policía judicial con los sospechosos dentro de sus actividades habituales para ver si existen los suficientes indicios de criminalidad y si se trataría de delincuencia organizada que motiven interesar dicha medida de investigación al juzgado, es necesario que los agentes de policía tengan preparados unos nombres y apellidos ficticios para transmitirlos a la organización criminal, que posteriormente se mantendrán de ser autorizada la operación encubierta.

En segundo lugar, efectivamente al agente encubierto se le tiene que dotar de una identidad falsa para que pueda actuar, el agente de policía no podrá utilizar su identidad real en ningún momento de la operación, con identidad real nos referimos a su número de carnet profesional así como a su nombre y apellidos. La identidad falsa, ficticia, supuesta o nickname fantasía es la que prevé el art. 282 BIS en su apartado primero y será, según la LECrim otorgada por el Ministerio del Interior, es importante destacar que de esta forma quedan legítimamente habilitados para actuar con ella en todo lo que se refiera a la investigación de que se trate así como para participar en el tráfico jurídico y social bajo dicha identidad, como podemos apreciar en el apartado primero del citado artículo.

Además de estos nombres y apellidos, nuevos que le son otorgados al agente de policía que protagonizará la infiltración policial también se le asignará un nombre clave o código que es de vital importancia procesalmente hablando porque, es de la forma a la que se van a referir al mismo las autoridades judiciales en cada citación judicial, incluida su citación para declarar, en los informes de actuación de la pieza separada y secreta. Esto se hace en aplicación de la LOPTP, porque se pretende proteger al agente encubierto. Este nombre en clave o código numérico o alfanumérico se debe hacer constar en la autorización judicial porque va a ser distinta en cada una de las causas o procesos ya que, el agente encubierto puede aparecer en varios de manera simultánea. Específicamente este nombre clave normalmente se trata de un nombre muy genérico como ``cielo'', ``roca'', ``león''. Autores como CONDE-PUMPIDO GARCÍA⁴⁴² dicen que solo de esta

mucho más en ese tiempo que las actividades que protagonicen sean inocuas. Como podemos observar en sentencias como la STS 154/2009, de 6 de febrero o STS 575/2013, de 28 de junio.

⁴⁴² CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., ``El agente encubierto en la legislación española'', en *Curso de formación continua de fiscales, La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2016, p. 10-11.

forma no se quema este instrumento de investigación para poder utilizarlo en actuaciones posteriores.

Por otra parte, cuando hablamos de nueva vida nos referimos a que el agente de policía adquiere una nueva identidad, deja de ser quien era para convertirse en una persona que encaje con la idiosincrasia de la organización criminal, es decir que se le dota de un nuevo pasado, presente y futuro: un nuevo nombre y apellidos, un nuevo pasaporte, un nuevo teléfono, carnet de conducir, número de la seguridad social, datos bancarios, antecedentes penales y policiales, títulos académicos incluso el teléfono que vaya a utilizar debe contener imágenes que corroboren la vida que se ha creado es decir todos sus efectos personales deben avalar tal ficción y ninguno puede llegar a recordar que se trata de un agente de policía, hablamos de todos los datos que se puedan imaginar son otorgados al agente encubierto con el fin de que esa identidad resulte creíble, es decir que se crea un verdadero personaje producto de esas nociones previas que tiene la policía de los contactos anteriores que ha tenido con los sospechosos para garantizar el éxito de la misión. De hecho, el anteproyecto de LECrim 2020 establece expresamente que se pueden modificar y crear los documentos de identificación así como adoptar otras medidas para reforzar la apariencia real de la nueva identidad que se ha creado.

Tanto esa previa identidad falsa como la identidad supuesta y nombre claves deben ser guardadas en una pieza separada y secreta, esto es muy importante para procurar una infiltración segura, estos datos no se pueden filtrar bajo ningún concepto o irremediablemente la vida del agente encubierto correrá peligro⁴⁴³

Medidas procesales para asegurar el secreto de la nueva identidad

Consideramos que se deberían diferenciar tres piezas distintas. En primer lugar la pieza separada y secreta de identidad del agente encubierto en la que podemos encontrar la nueva identidad del agente encubierto y la real, su número de agente policía y los perfiles y las redes sociales en las que se encuentra⁴⁴⁴. Es decir, en la misma encontramos la autorización de la operación encubierta, la identidad supuesta suministrada por el ministerio del interior, la identidad real del agente de policía que va a hacer de agente encubierto, su número de carnet profesional. También su nombre en clave genérico o código numérico o alfanumérico que también suele asignar el juzgado de instrucción al

⁴⁴³ También la de sus familiares y allegados.

⁴⁴⁴ Esto último es importante y se produce sobre todo, en caso de que estemos ante una infiltración virtual.

agente encubierto. Solo la conoce el Juez de instrucción y Fiscal así como la autoridad judicial competente que haya de dilucidar la causa y el Fiscal también los LAJS. No se va a unir en ningún momento al proceso independientemente de que se alce el secreto de las actuaciones e independientemente de la fase en que se encuentre. Esta pieza es enviada por el Juzgado que instruya la causa al órgano judicial competente que haya de dilucidarla con las máximas precauciones posibles. Sólo accede a esta pieza separada y secreta el Juez de instrucción, posteriormente los jueces competentes y el Ministerio Fiscal y LAJ pero ninguna otra parte.

Esto, en la práctica jurídica se manifiesta con un sobre cerrado donde se guarda el nombre y apellidos del agente de policía, su número de carnet profesional y la nueva identidad otorgada.⁴⁴⁵ Es importante destacar que el anteproyecto de LECrim del 2020 también se pronuncia expresamente sobre esto en su art. 504 determinando que la autoridad judicial puede autorizar que se revele cuando ya no exista riesgo de para la vida, integridad o libertad del agente o de otras personas.

En segundo lugar, en la que encontramos todos los pormenores y vicisitudes de la actividad encubierta, también la identidad supuesta del agente encubierto así como ese nombre en clave genérico o código numérico o alfanumérico del agente encubierto. El Juez de instrucción puede decidir ponerla a disposición de las partes cuando se levante el secreto de las actuaciones, si es que lo ha habido.

Y en tercer lugar, la pieza principal en la que encontramos todos los datos, todas las pruebas, todas las detenciones, toda la información relevante para la investigación, para el proceso, toda la información que ha ayudado a preparar el juicio oral. En la misma no se hace ninguna referencia al agente encubierto, ni a su identidad falsa ni a su nombre en clave genérico o código numérico o alfanumérico. Cuando se levante el secreto de las actuaciones, si lo hubiere, será conocida por todas las partes.

En este punto debemos resaltar que queda mucho por hacer, porque el hecho de que se deba articular una nueva vida para este agente de policía implica que las administraciones públicas oportunas sepan que un agente de policía con DNI que es entregado en las mismas va a obtener otro documento para poder crear esa ficción ej. En Jefatura General de Tráfico para obtener el carnet de conducir hay que entregar el DNI

⁴⁴⁵ Su número de identificación, ni siquiera se guarda virtualmente en el programa habilitado en el juzgado, es rudimentario pero seguro.

real del agente⁴⁴⁶. Los funcionarios deberían guardar sigilo y ser lo más cuidadosos posible en la realización de estos trámites. Todos los datos de la nueva identidad deben quedar debidamente recogidos por las administraciones públicas para no levantar sospechas porque las organizaciones criminales, antes de llevar a cabo actuaciones suelen realizar comprobaciones, por ejemplo, si deciden comprobar sus antecedentes policiales deben encontrarlo, que no se levanten sospechas de que su vida es una mentira. Esto es muy importante, la corrupción es real y las grandes organizaciones criminales llegan a tener acceso incluso a los datos reservados a los ciudadanos.

La identidad ficticia se debe mantener en todos los procesos en los que participe el agente encubierto, además no se podrán revelar los procesos en los que está incurso el agente, es decir que en una causa no se podrá decir que dicho agente, también participa en otro proceso o que haya participado y esto porque no ayudaría en nada al proceso, no serviría para arrojar luz a la inocencia o culpabilidad de los acusados ni supondría más garantías para los enjuiciados.⁴⁴⁷

B) Sobre el plan de la operación encubierta:

Las unidades especializadas de la policía judicial dedicadas a las operaciones encubiertas preparan un plan para ejecutar la operación encubierta fruto de los contactos previos o primeras actividades de infiltración que normalmente se tienen con la organización criminal. Este plan tiene que parecer como anejo a la solicitud, al oficio que realiza la policía judicial al Ministerio Fiscal o al Juez de instrucción solicitando un agente encubierto, sobre todo para no motivar la provocación delictiva.

En este marco de actuación, es muy importante conocer el objeto de la organización criminal así como sus necesidades, el agente de policía debe conocer y encajar en ambas. Estas informaciones también las suele obtener la policía a través de una persona colaboradora, un confidente que se lo debería comunicar a su respectivo agente de enlace. El confidente, al interactuar con la organización criminal también podría proponer en el seno de la misma que ingrese otra persona y ser dicha persona el agente encubierto como

⁴⁴⁶ MARCHAL ESCALONA, A. N., ``Actuación policial. Problemas en la investigación'', en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 3, 2003, p. 265.

⁴⁴⁷ Así lo prevé la STS 655/2007, de 25 de junio, que dice expresamente que su ``aportación hubiera sido inocua.''

bien acepta la jurisprudencia actual⁴⁴⁸. La policía de otros países también puede informar a la policía judicial española sobre el objetivo, actividades y necesidades de la organización criminal. Las fuerzas y cuerpos de seguridad de otros Estados incluso pueden solicitar a España que autorice un agente encubierto.

Así las cosas, la información que necesita la policía judicial para crear el plan de infiltración policial es obtenida a través de los contactos previos con los sospechosos, en los primeros contactos con las organizaciones criminales que se pretenden investigar.⁴⁴⁹

En algunos casos no existe un plan de la operación encubierta creado para vertebrar la actividad del funcionario policía, sino que es la propia policía judicial la que coloca a un determinado agente en un entorno en el que se sospecha que se están llevando a cabo actividades delictivas (aunque todavía la organización criminal no esté actuando) sino que el agente vive y desarrolla su vida en ese entorno y cuando la organización criminal comienza a definirse como tal y a perpetrar delitos es muy sencillo que el policía judicial sea incluido en sus actividades iniciando su operación en ese caso ya sí encubierta. Estos procesos son muy largos, hablamos de años en los que el policía abandona su verdadera vida para vivir en esos ambientes tan hostiles en los que suelen proliferar y actuar las organizaciones criminales.

Durante el proceso de creación del plan de la operación encubierta se mantienen varias reuniones con el agente que va a protagonizar la operación para explicarle la estrategia y acción delictiva, también para crear un mecanismo de comunicación entre el agente encubierto y el investigado.

En los contactos previos que tiene la policía con los investigados se trata de crear una confianza y en la mayoría de ocasiones se obtiene el número de teléfono del sospechoso que es aportado por dichos agentes al juzgado para que se intervenga dicha comunicación y también para que conste en el plan de la operación encubierta. Por lo tanto, lo que tenemos es que la policía trata de planificar y sistematizar el mayor número de aspectos sobre la operación encubierta en el plan que describimos y se lo propone al

⁴⁴⁸ Algo que podemos observar en la STS 975/2007, de 15 de noviembre.

⁴⁴⁹ Estos contactos previos ya crean cierta confianza entre el agente de policía y la organización criminal y se encuentran justificados en virtud del art. 282 BIS de la LECrim así como en jurisprudencia reciente que avala las labores de patrullaje y control de la criminalidad que hace la policía día a día, pues está dentro de sus funciones. STS 682/2020, de 28 de enero o la STS 575/2013, de 28 de junio que establece expresamente que *“la existencia de una inicial corriente de confianza, son los instrumentos que hacen posible la exitosa atribución del carácter de agente encubierto”*

Juzgado de instrucción, lo realiza la Unidad de Agentes encubiertos de la policía judicial pero el Juzgado de instrucción puede negarse a seguir tal esquema de piezas propuesto por la policía⁴⁵⁰, hacerle cambios o bien crear un plan y trasladárselo a la policía.

La identidad falsa y el plan de la operación encubierta según lo previsto en el apartado 1 del art. 282 BIS de la LECrim durarán seis meses prorrogables por periodos de igual duración, sin que exista límite de prórrogas.⁴⁵¹ También puede durar menos aunque esto último es del todo inusual, en definitiva, es un plazo que depende del todo de la evolución de la investigación, que como ya se ha expuesto en este trabajo puede tornarse muy compleja, en cualquier caso, esos primeros seis meses son un límite pues después habrá que solicitar nuevamente autorización al Juez de instrucción y éste al Ministerio del Interior. Esto en la práctica, a nuestro parecer, solo es una fuente de problemas, porque los trámites no son todo lo rápidos que requiere la infiltración real y porque se puede producir un periodo de tiempo en el que se deberá decidir entre pausar la operación encubierta esperando la prórroga o continuarla sin la debida concesión de la identidad ficticia, como explicaremos más profundamente más adelante en este trabajo.

Existen autores que consideran poco tiempo estos seis meses, como GARCÍA FUSTEL⁴⁵² porque esto queda muy lejos de las necesidades reales de la Policía Judicial, a nuestro parecer no se vulneraría el principio de proporcionalidad ni el carácter excepcional de esta medida de investigación si tal limitación no existiese porque la actual regulación legal no fija límites a las prórrogas, por ello, ese límite de seis meses y los trámites que conlleva su renovación nos parecen del todo desacertados.⁴⁵³

Debemos apuntar que el periodo máximo de duración de la actuación del agente encubierto no está regulado expresamente en la LECrim porque si bien se especifica que la identidad supuesta será otorgada por un plazo de seis meses prorrogables por periodos

⁴⁵⁰Como establece LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 244 que además expone un ejemplo en el que el Juzgado de Instrucción decidió no seguir con el plan que había elaborado la unidad de agentes encubiertos, en dichos casos el agente puede negarse a continuar dado que ser agente encubierto es una tarea voluntaria como establece el art. 282 BIS LEC donde la policía puede negarse en cualquier momento a continuar.

⁴⁵¹El plazo de seis meses prorrogable con prórrogas del mismo fue propuesto en la enmienda nº 14 del Grupo Parlamentario Popular, el 6 de marzo de 1998.

⁴⁵²GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J., ``Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la guardia Civil'' op. cit... p.9.

⁴⁵³Máxime cuando existe jurisprudencia como la STS 575/2013, de 28 de junio que determina que la no autorización del agente encubierto ``no afectaría al valor probatorio de sus declaraciones en el juicio oral sobre lo que haya visto y oído'' pero que el agente encubierto durante dicho periodo sí que es responsable de las actividades que protagonice porque conoce su situación ``sin perjuicio de las responsabilidades en las que pudiera haber incurrido en el periodo de tiempo no cubierto o autorizado''.

de igual duración no se fija un número límite a las prórrogas y por lo tanto un plazo máximo de duración de la operación encubierta, y sobre ello, autores como GUZMÁN FLUJÁ⁴⁵⁴ consideran que la no regulación por parte de la ley española de la duración de esta medida de investigación constituye un problema procesal importante, porque realmente solo se establece un plazo máximo que se podrá prorrogar, pero no fija un límite de prórrogas. Recordemos, estamos ante un instrumento de investigación que se utiliza en la instrucción del proceso penal, que no puede eternizarse, cuyo sumario y secreto sí que tienen límites fijados en la ley.

Por otra parte la finalización del uso de esa identidad supuesta, y del plan de la operación encubierta debemos suponerlo, así podemos decir que la operación podría terminar porque:

- Ya se hayan obtenido las suficientes pruebas como para enervar la presunción de inocencia de los investigados, porque recordemos que el objetivo último de esta figura procesal es obtener indicios y pruebas sobre las actividades delictivas que se estuvieren cometiendo en la organización criminal y con ello conseguir el fin último, desarticularla.
- Que no se prorrogue la identidad supuesta.
- Que la vida del Agente encubierto corra peligro.
- Que el Fiscal no de cuenta al Juez de instrucción sobre la autorización de un agente encubierto.⁴⁵⁵

Hemos de apuntar que el contacto con los miembros de la organización criminal debe continuar aunque de manera cada vez menos intensa, es decir la salida del agente encubierto tiene que materializarse de manera progresiva y nunca abrupta para no generar sospechas. Esto también lo ha de prever el plan de la operación encubierta.

⁴⁵⁴ GUZMÁN FLUJÁ, V., ``El agente encubierto y las garantías del proceso penal'' *op. cit...*, p.16.

⁴⁵⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, *op. cit...*p.363.

3.1.3. Autorización judicial obligatoria, expresa y motivada. Características de la autorización judicial

A pesar de que las actividades de infiltración policial en la antigüedad se venían desarrollando sin ser autorizadas por el Juez de instrucción esta realidad, junto a su no regulación legal, ocasionaban como no podía ser de otra manera, inseguridad jurídica y la infracción del principio de legalidad. Porque de esa forma, su actividad no estaba legitimada en una resolución fundada, en motivos necesarios para utilizar esta herramienta procesal que puede llegar a limitar derechos fundamentales de los investigados, cuestionándose la validez y licitud de las pruebas que se pudiesen obtener a través del mismo así como la prueba testifical en sí misma que pudiesen generar los testimonios del agente encubierto en el juicio oral (prueba testifical). Además, no contar con la debida autorización judicial podría dar lugar al desconocimiento de cuáles podrían ser las consecuencias penales para el policía que se había infiltrado.

Esta realidad era consentida por el TEDH, porque en casos como podemos observar en su STEDH Lüdi versus Suiza, de 15 de junio de 1992, número 12433/86 no se consideraba necesaria dicha autorización pero la doctrina del mismo tribunal cambió unos años más adelante como bien podemos ver en Teixeira de Castro versus Portugal, de 9 de junio de 1998. Con ello, y con la entrada de la figura del agente encubierto en la LECrim en el 1999 se hizo obligatorio solicitar la autorización judicial o fiscal para que todo lo previsto en el art. 282 BIS LECrim fuera de aplicación.

En la actualidad, la autorización judicial es solicitada por la policía judicial normalmente al juez de instrucción o bien al Fiscal después de realizar una investigación anterior, porque recordemos que nos encontramos ante una medida de investigación de carácter excepcional que ha de estar lo suficientemente motivada, por ello, lo normal es que se autorice cuando la policía judicial interesa esta medida aportando suficientes investigaciones (que no son solo sospechas o elucubraciones) que avalen su necesidad.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ Como podemos observar en la STS 591/2018, de 26 de noviembre en la que se establece que el Fiscal autoriza la utilización de un agente encubierto justificándola en los todos los datos relevantes que se habían recabado por la policía judicial en los contactos previos.

A) *Momento y contenido del oficio policial*

Pues bien, sobre la autorización judicial o fiscal hemos de resaltar varias cuestiones: En cuanto al **momento** en que se solicita la autorización judicial o fiscal GASCÓN INCHAUSTI dice que en la antigua práctica se solía realizar en el momento de ``desmantelamiento`` de la organización criminal, es decir cuando se quería proceder a realizar las detenciones, decomisos, registros y otras actuaciones policiales que requieren autorización judicial, pero que la autorización que prevé el art. 282 BIS LECrim debe producirse al inicio del desarrollo de la investigación.⁴⁵⁷

Tras los contactos previos de la policía judicial con la organización criminal se tiene que solicitar la autorización judicial obligatoriamente cuando ya obra en poder de la policía información precisa y contundente de que se trata de una organización criminal o cuando se tengan que pedir la interceptación de las comunicaciones. Cuando el agente de policía está teniendo encuentros con los investigados se tiene que solicitar la autorización judicial cuando éstos requieran de una mayor implicación, cuando se estime que ya se van a limitar o poder vulnerar los derechos fundamentales. De hecho, la STS 503/2021, de 10 de junio dice que el límite está en el momento en que se tengan que adoptar medidas que afecten a los derechos fundamentales como se produciría al intervenir las comunicaciones telefónicas y con el empleo de dispositivos de localización. Porque el agente de policía que estaba protagonizando la infiltración requiere de una protección y cobertura más amplia que cualquier policía al uso y porque al hacerse la investigación más profunda puede ser necesario limitar derechos de los investigados, esto da lugar a que la policía tenga que motivar el oficio solicitando la actividad encubierta al Juez o Ministerio Fiscal y así pasar de tener un policía infiltrado a un agente encubierto.

Profundizando en la autorización de la operación encubierta tenemos que decir que, como se ha expuesto, para que exista tal autorización la policía judicial deberá solicitarlo al Ministerio Fiscal o al Juez de instrucción. Y hoy en día para conocer el **contenido** de dicha petición debemos acudir a la jurisprudencia, sí que es cierto que el Anteproyecto de LECrim del 2020 en su art. 502 sí que detalla el contenido del que debe constar la solicitud del Fiscal al Juez de instrucción para que autorice tal medida y son: los indicios fundados de la existencia de una organización criminal y de la pertenencia y colaboración de la persona investigada con ésta. También tiene que contener razones suficientes para realizar

⁴⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit..., p. 119.

tal infiltración. Además, se tienen que especificar los medios de investigación que ya se han utilizado y los motivos que hacen necesario continuar la investigación de manera encubierta para que tenga éxito. Sin embargo, no detalla expresamente el contenido que ha de tener la petición de la policía judicial al Ministerio Fiscal o al propio Juez de Instrucción a pesar de ser lo más usual. Consideramos que el legislador ha perdido una buena oportunidad para expresar al menos los contenidos mínimos que debería tener tal solicitud.

Normalmente la solicitud de autorización que realiza la policía judicial contiene las razones por las que es necesaria esta herramienta de investigación, las especiales sospechas fundadas de que existe una organización criminal en la que el/los investigados están incursos, los motivos que hacen que la investigación no pueda continuar sin ser encubierta. Y tiene que ser información suficiente, pues no se otorgará la autorización judicial solamente ante conjeturas, sospechas o especulaciones. Un ejemplo de ello podría ser una conversación mantenida por el agente con una persona incurso en una organización criminal en la que el mismo le dijese al agente que pretende cometer un delito, por ejemplo, de tráfico de drogas.⁴⁵⁸

En definitiva, la policía judicial debe aportar unos hechos que presenten apariencia delictiva fundada de alguno de los delitos previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto de la LECrim que estén siendo preparados o perpetrados en el seno de una organización criminal, en el seno de la delincuencia organizada. Además, en la solicitud policial se deben especificar los hechos y las personas que se están investigando, según LAFONT NICUESA⁴⁵⁹ esos hechos por los que están siendo investigados son normalmente los servicios que la organización criminal reclama al agente encubierto.

Como se adelantaba, cuando hemos hablado del plan de la operación encubierta, éste debe anexionarse a la solicitud de la autorización de la policía judicial, sobre todo para que las defensas no puedan motivar la provocación delictiva, el Juez instructor debe conocer cuál es el rol y las actividades que la policía judicial tiene ya previstas para que

⁴⁵⁸ Como podemos observar en la STS 503/2021, de 10 de junio.

⁴⁵⁹ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 121. Este autor también indica que en la solicitud que haga la policía judicial al instructor o Fiscal se suele aportar el nombre de dos investigados cuando, para estar ante una organización criminal, se requiere un mínimo de tres, pero esto no es relevante, porque estamos en el principio de la investigación y porque es suficiente si la policía judicial relata en la petición de la actividad encubierta que existen más personas implicadas en actividades delictivas en el seno de una presunta organización criminal, opinión a la que nos anexamos p. 122. Además, existe jurisprudencia que avala esta postura como la STS 207/2020, de 28 de enero o la STS 503/2021, de 10 de junio.

haga este agente de policía.⁴⁶⁰ Algo que nos parece desacertado, al menos en este momento procesal, porque creemos que una vez expuestos los contenidos tiene que incluir la solicitud de forma obligatoria debería ser del todo suficiente para motivar la autorización de esta técnica de investigación excepcional y que, después la policía desarrolle todos esos esfuerzos para crear el plan de la operación encubierta y que conlleve la preparación de la actividad encubierta. De manera que consideramos que debería ser un contenido accesorio y no obligatorio que si la policía ya ha elaborado dicho plan debería aportarlo y si no lo tiene no se debería echar en falta por el instructor o el Fiscal para autorizar un agente encubierto, porque antes o después la policía judicial va a crearlo y va a ser conocido por la fuerza instructora y porque de no autorizarse la policía judicial no habría invertido tantos esfuerzos en crearlo para aportarlo en dicho momento.

La jurisprudencia también indica que la policía no tiene que revelar la fuente que ha permitido al agente encubierto infiltrarse en la organización criminal, refiriéndose a que no es necesario revelar en este momento procesal la identidad del confidente para no ``quemar`` este recurso.⁴⁶¹ Ni es necesario hacer constar las agencias policiales extranjeras por las que se haya tenido constancia de tales actividades, ni los contactos previos con los investigados ni si el/los investigados están siendo también investigados en otros procesos, todo ello es accesorio.⁴⁶²

Pues bien, si se cumplen con los requisitos anteriores y el Ministerio Fiscal o bien el Juez de Instrucción deciden autorizar la actividad encubierta, dicha autorización que se dicte por estas instituciones tiene que pronunciarse sobre el empleo de la identidad ficticia porque también es necesario autorizarla. Es necesario que el Ministerio del Interior autorice la utilización de una identidad falsa porque mediante ella se va a recurrir al engaño de los investigados y con esto, se pueden ver afectados varios derechos, como se desarrollará profundamente en esta tesis, el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio en caso de que el agente encubierto entre en la vivienda de los investigados, la interdicción de los poderes públicos, el derecho a no declarar contra sí mismo... Una vez el agente actúe bajo la cobertura de la autorización judicial o fiscal, las posibles actividades ilícitas que protagonice, siempre que sean proporcionadas y no entrañen la provocación del delito, no serán punibles a pesar de ser típicas.

⁴⁶⁰ Como podemos ver en la SAP de Navarra, 256/2016, de 14 de diciembre.

⁴⁶¹ Como podemos observar en la STS 591/2018, de 26 de noviembre.

⁴⁶² Algo que podemos apreciar en las STS 575/2013, de 28 junio.

B) Autoridad competente para autorizar la operación encubierta

Otro de los aspectos al que debemos referirnos específicamente es la **autoridad competente para autorizar** al agente encubierto. Así, como venimos enunciando, tal autorización pueden realizarla: tanto el Juez de instrucción como el Fiscal dando cuenta inmediata al Juez de instrucción, esto es lo que en la actualidad dice la LECrim en su art. 282 BIS en su primer apartado. Sobre esto, podemos resaltar que el Grupo del Parlamento Popular en su enmienda nº18, en la VI Legislatura propuso que debía autorizar el Juez con informe favorable del Ministerio Fiscal determinando que así habría una seguridad jurídica y control judicial mayor, el Grupo Parlamentario Catalán en la enmienda nº21 determinó que solamente debería ser el Juez quien deba autorizar porque si el Fiscal autorizaba sin la posterior verificación del Juez de Instrucción el Fiscal estaba asumiendo unas funciones instructivas que, en puridad, corresponden al Juez de instrucción, por eso se adoptó la formula hoy aún vigente es decir que el Ministerio Fiscal autorice la utilización de la figura del agente encubierto, que autorice pero que éste tiene que comunicarle al Juez de Instrucción de inmediato tal decisión que la puede aceptar y continuar con la instrucción o no aceptarla y por tanto revocarla o bien modificarla.

No se encuentra regulado actualmente qué debemos entender por *“dar cuenta inmediata”* es decir cuánto tiempo como máximo podríamos prever como prudente y acertado para informar al Juez de instrucción, aquí nosotros abogamos por fijarnos en los plazos previstos para otras medidas de investigación penal, como es el caso de la autorización de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas por el Ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad en el art. 588 TER letra d) apartado tercero de veinticuatro horas en el que también se fija el tiempo en el que el Juez de instrucción puede revocar dicha medida, en setenta y dos horas, lo podríamos tomar como guía o ejemplo para el agente encubierto.

Tampoco se prevé legalmente qué hacer con lo actuado por la figura del agente encubierto si resulta que el Juez de instrucción una vez informado por el Ministerio Fiscal lo desautoriza, es decir rechaza la petición del Ministerio Fiscal. Son cuestiones que nos preocupan y que consideramos que su no previsión genera inseguridad jurídica porque en cada caso se le da una solución que puede ser distinta, algo que consideramos, puede llegar a ser arbitrario.

Además, que actualmente el Ministerio Fiscal pueda autorizar el uso de la figura del agente encubierto ha sido criticado duramente por la doctrina dogmática porque existen autores que expresamente determinan que esto no debería ser así, como es el caso de RIFÁ SOLER⁴⁶³ que considera que debería ser el Juez quien otorgue siempre tal autorización, otra parte de la doctrina, pongamos como ejemplo de esta corriente a ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS⁴⁶⁴ considera que el Fiscal solo debería tener potestad para autorizar esos contactos previos o acercamientos que tiene el agente de policía para realizar las primeras averiguaciones, para acercarse a la que podría ser la organización criminal, saber de sus necesidades y tener los primeros contactos con los futuros investigados. Otros, determinan que sí que podría ser otorgada por el Ministerio Fiscal pero únicamente en los casos que sean tan urgentes que no se pueda solicitar al Juez de Instrucción y la autorización del Fiscal sea más rápida así lo consideran autores como DELGADO MARTÍN⁴⁶⁵ y nosotros nos sumamos a esta última corriente, a nuestro parecer la LECrim debería de especificar que el Ministerio Fiscal solamente autorizará la utilización del agente encubierto en casos de urgencia dando inmediata cuenta al Juez de Instrucción y especificando el plazo en horas en que se debe realizar.

Por último, existen autores que consideran que el Ministerio Fiscal solamente podría autorizar esta medida de investigación cuando aún no tengamos Juez de Instrucción, por lo tanto, cuando no se haya iniciado la instrucción penal.⁴⁶⁶ Todo lo cual, concluyamos diciendo que nos parece que quizá lo más acertado podría ser que el Fiscal autorice en un momento procesal distinto que el Juez de instrucción por cuanto el Fiscal debería autorizar dicha medida cuando no está iniciada la instrucción, esto es en las diligencias preprocesales de investigación⁴⁶⁷ y el Juez la autorizará dentro de la instrucción.

En relación con este tema, la jurisprudencia más reciente entiende que, habida cuenta de la regulación legal vigente, la policía judicial a día de hoy se dirige indistintamente al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal, es decir que es la policía

⁴⁶³ RIFÁ SOLER, J.M., “El agente encubierto o infiltrado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, número 55, 1999, p. 163.

⁴⁶⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit... pp. 332-333.

⁴⁶⁵ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, ed. Bosch, Barcelona, 2017, p. 27.

⁴⁶⁶ El profesor GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... pp.199-201 y CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., “El agente encubierto en la legislación española”, op. cit... p.11.

⁴⁶⁷ Es una competencia del Ministerio Fiscal, así lo prevé el art. 5 de su Estatuto Orgánico determinando que tienen pueden llevar a cabo diligencias de investigación para las que esté autorizado según la LECrim, “entre las cuales se incluye la habilitación de agentes encubiertos”.

quien elige, porque, en puridad, el art. 282 BIS LECrim no establece ningún orden, simplemente señala dos vías la Judicial y la Fiscal.⁴⁶⁸

Si el Ministerio Fiscal autoriza la utilización del agente encubierto puede que aún no se hayan incoado diligencias de investigación en ningún juzgado, y por ello aún no exista el Juez competente al que se refiere expresamente el art. 282 BIS de la LECrim, en ese caso, el Ministerio Fiscal debe informar al Juez decano hasta que se reparta el procedimiento⁴⁶⁹ y entonces llegue dicha autorización al Juez de instrucción competente⁴⁷⁰. La Fiscalía, además de la autorización del agente encubierto que ha cursado le deberá remitir al Juez de instrucción todo lo actuado, todas las diligencias de investigación.

Por su parte, la autorización de la utilización del agente encubierto dictada por el Juez⁴⁷¹ de Instrucción o directamente por el Fiscal debe ser motivada, es decir que la solicitud que realice la policía judicial debe ser analizada y si dicha medida es necesaria y proporcional se autorizará. Y esto, tiene sus ventajas e inconvenientes, porque nosotros consideramos que efectivamente de la actual regulación legal se extrae ese trato indiscriminado entre Juez y Fiscal, y esto puede dar más celeridad al trámite, lo que es crucial en este tipo de operaciones en las que, cuando ya se está interesando esta medida tan excepcional como es el agente encubierto por la policía es porque, tras las investigaciones previas o contactos previos se reúnen los requisitos para solicitarlo. Pero sí que pensamos que nuestro legislador debería haber hecho una diferenciación y que para nosotros, lo más acertado sería haber especificado en el propio art. 282 BIS que dicha

⁴⁶⁸ Lo podemos observar de manera muy nítida en las STSS 503/2021, de 10 de junio y 171/2019, de 28 de marzo.

⁴⁶⁹ Sobre el reparto de este asunto, y el Juez de Instrucción competente, conviene añadir que, en muchas ocasiones esta labor es compleja, dada la propia naturaleza de lo que se pretende investigar, delitos perpetrados en el seno de una organización criminal, por cuanto suelen tener carácter transnacional y porque es complicado determinarlo en las fases tempranas de investigación, en caso de dudas es el TS el que resuelve qué órgano judicial que debe autorizar la infiltración. A nosotros siempre nos ha parecido la opción más razonable que el Fiscal que autorice al agente encubierto lo comunique a su juzgado correspondiente, es decir comunicarlo al juzgado correspondiente de la fiscalía que autoriza cuando aún no se conoce el juzgado que será el competente.

⁴⁷⁰ Que será el único que podrá revocar la misma, modificarla o bien validarla, no el Juez Decano que en estas actuaciones no tendría competencia, el Ministerio Fiscal solamente ``da cuenta`` al Juez Decano pero el mismo no es el Juez de Instrucción competente al que se refiere el art. 282 BIS LECrim como podemos apreciar claramente en la STS 591/2018, de 26 de noviembre.

⁴⁷¹ Porque si es dictada por el Ministerio Fiscal, al tener que comunicárselo inmediatamente al Juez de Instrucción, la jurisprudencia más reciente considera que *``debe ser entendido en sentido diferente y no con el mismo rigor que el Juez``* como podemos ver en la STS 503/2021, de 10 de junio, en esta misma sentencia también se expone que *``a los Decretos dictados por la Fiscalía en sus investigaciones les es aplicable la doctrina constitucional que admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si está integrada con la solicitud policial, a la que se remite.``*

autorización debe ser otorgada por el Juez de Instrucción o bien por el Ministerio Fiscal explicitando *“cuando exista especial urgencia o cuando aún la instrucción no esté iniciada”* o sencillamente que debe ser otorgada por el Juez de Instrucción o bien por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez *“en un plazo máximo de 24 horas”*⁴⁷², lo consideramos así por motivos tan pesados como que el agente encubierto es una medida de investigación excepcional que puede comprometer muchos derechos fundamentales y la institución que lo autorice debe ser garante de los mismos.

Y aquí conviene añadir y proponer que al igual que en la entrega vigilada, art. 263 BIS LECrim, se debe informar al Juez decano, a nuestro parecer, en el caso de autorizar la medida de investigación del agente encubierto, ya sea por el Fiscal que por el Juez de Instrucción competente, también se debería dar cuenta al mismo independientemente de si existe ya Juez de Instrucción competente o no, pues estimamos que de la misma forma que se registran las entregas vigiladas también se debería llevar a cabo un registro Judicial de las actuaciones encubiertas en marcha.

C) Características de la autorización del agente encubierto

Profundicemos ahora en los **aspectos que la autorización** debe contener para no vulnerar ningún derecho del investigado. Así, debe ser motivada porque de esta forma lo prevé el legislador en el apartado primero del art. 282 BIS de la LECrim, debe ser una resolución fundada en la que se tenga en cuenta los fines de la investigación, normalmente dichas autorizaciones se motivan basándose en la solicitud de la policía judicial, es decir que o se remiten a los motivos expuestos en las mismas corroborándolos o bien los reproducen⁴⁷³.

Debe ser motivada la necesidad porque no se puedan utilizar otras medidas de investigación menos excepcionales o como indica la STS 104/2011, de 1 de marzo *“cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente*

⁴⁷² Aplicando el plazo previsto para la autorización de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el art. 588 TER letra d) apartado tercero, en casos de urgencia cuando se esté realizando la averiguación de delitos relacionados con la actuación de banda armada o elementos terroristas.

⁴⁷³ Esto lo podemos ver muy claro en la STS 277/2016, de 6 de abril que dice expresamente *“cosa diferente es que tal y como establece el art. 282 BIS LECrim esos informes se mantuviesen en la pieza separada con la debida reserva. Pero es obvio que el Instructor contaba con esa información de calidad sobrada para justificar la intervención acordada, aunque no figurase formalmente (solo de manera implícita) en la solicitud obligada también a ocultar ese dato”*, es decir que, aunque el Juez de Instrucción en el auto por el que se adopta la medida del agente encubierto no relate todos los motivos, todos los detalles por ser secretos, pero los conoce y esto no motivaría la nulidad de la medida.

insuficientes, para su descubrimiento.'' Y en la autorización judicial o fiscal se suele especificar la periodicidad con la que se debe informar de las actividades del agente encubierto.

Debe ser motivada la proporcionalidad en el sentido de que, la herramienta de investigación de la que versa esta tesis es muy peligrosa, también puede vulnerar varios derechos fundamentales de los investigados y además, entraña un desembolso económico muy importante para el Estado luego, se tienen que dar las circunstancias necesarias para que se autorice, por ejemplo, que en los contactos previos de la policía con los investigados se conozca la comisión de un delito de manera reiterada como por ejemplo enviar partidas de droga con carácter periódico, algo que podemos observar en la STS 250/2017, de 5 de abril.

La autorización de actuación del agente encubierto, será un auto, si la dicta el Ministerio Fiscal será un decreto, pero como éste debe comunicarlo inmediatamente al Juez de Instrucción, el mismo dictará un auto con aquello que decida. Autores como DELGADO MARTÍN⁴⁷⁴ consideran que en la resolución de la autorización del agente encubierto debería designarse al agente de cobertura o de enlace, nosotros creemos que en dicho auto no se debería especificar la identidad de dicho agente⁴⁷⁵, la misma, como ocurre con la del agente encubierto debería recogerse en la pieza separada y secreta con su debida seguridad pero que sí que se debería especificar la vía a través de la cual se suministrará al órgano autorizante la información que recabe el agente encubierto.

En el anteproyecto de LECrim del 2020 sí que se especifica el contenido de la autorización, aprovechando el legislador esta oportunidad para especificar más estos parámetros, lo cual aplaudimos porque pensamos que aporta más seguridad jurídica a los investigados y no ralentiza la investigación. Así, en su art. 503 se establece expresamente que la resolución judicial que autorice al agente encubierto debe contener: los indicios de los que se deriva la existencia de una organización criminal, la persona o personas que estén siendo investigadas y los indicios de su pertenencia o colaboración con dicha organización, los motivos por los que es imprescindible utilizar un agente encubierto para lograr los objetivos previstos en la ley, también debe contener la información o

⁴⁷⁴ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 52.

⁴⁷⁵ Y esto porque va a tener un contacto muy cercano con el agente encubierto y podría llegar a significar un peligro no solo para el éxito de la operación sino también para su vida, la de sus familiares y allegados, porque recordemos a estos agentes no les sería de aplicación el art. 282 BIS LECrim.

informaciones que se pretenden obtener a través de su actuación y la importancia para la investigación del hecho delictivo investigado, también debe contener la autorización expresa de utilizar la identidad ficticia, así como su duración (que no puede ser superior a seis meses) pero que de nuevo, como ya se prevé en la actual LECrim se puede prorrogar por periodos de igual duración.

La autorización de la infiltración es comunicada a la policía judicial aunque esto tampoco se encuentre previsto en la LECrim, creemos que por sobreentenderlo, no existe la previsión legal de que dicho auto se comunique al agente encubierto, creemos que sí que sería necesario determinar que el mismo se dirija a la misma policía judicial que interesó tal medida, a la fuerza actuante, independientemente del agente que después vaya a protagonizar la actividad encubierta⁴⁷⁶

Cuando un agente de policía, rebasa los contactos previos y continúa actuando sin contar con la autorización judicial o fiscal preceptiva, obligatoria, cuando actúa comportándose como un agente encubierto a todos los efectos, pero sin ser autorizado y por lo tanto siendo solamente un policía infiltrado tendría dos principales consecuencias:

- Para el agente de policía: no se le aplicaría el art. 282 BIS de la LECrim, por lo tanto, no contaría con las garantías procesales y penales que tienen los agentes encubiertos. Especialmente nos referimos a que no tendría la posibilidad de quedar exento de responsabilidad penal por los ilícitos que cometa durante su servicio que sean proporcionales a la investigación y no constituyan la provocación del delito. El apartado quinto del art. 282 BIS no tendría efecto, incurriendo además en la debida responsabilidad disciplinaria.

Por otra parte, la forma de procesarle, se realizará como al resto de investigados y no como se fija en el párrafo segundo del apartado quinto del art. 282 BIS, no se debe solicitar el informe a quien le otorgó la identidad supuesta antes de ser procesado. No se llevaría a cabo esa forma *“especial”* de procesar.

Tampoco podría manetener su identidad supuesta cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido, durante las sesiones de juicio oral, sino que solamente se le podría aplicar la LOPTP como a cualquier otro testigo protegido. No podría gozar de esa doble protección que

⁴⁷⁶ Porque los contactos previos los pueden realizar varios policías judiciales y puede que para protagonizar la operación encubierta solamente sea necesaria la actuación de uno de ellos, por ejemplo, con el que más confianza hayan entablado los miembros de la organización criminal.

aporta la LECrim a los agentes encubiertos: poder mantener su identidad ficticia y además poder aplicarle la LOPTP en virtud del apartado segundo del art. 282 BIS LECrim, porque no les sería de aplicación el art. 282 BIS LECrim.

A la luz de lo expuesto, actuar sin dicha autorización entraña mucho más peligro para el agente, para su integridad física en primer lugar y por supuesto mucha menos seguridad jurídica.

- Para el proceso penal: Si no vulnera derechos fundamentales de los investigados, a pesar de actuar de manera irregular, sí que podrían ser tenidas en cuenta sus actuaciones en la causa, todos los indicios, pruebas⁴⁷⁷ que haya recabado entrarían en la instrucción y sus declaraciones en el juicio oral constitutivas de una prueba testifical sí que deberían ser tenidas en cuenta. Siempre que no se viera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ni del principio de interdicción de la actuación arbitraria de los poderes públicos art. 9.3 CE.

Si vulnerase derechos fundamentales de los investigados no se validarían sus actuaciones y no podría constituir prueba en plenario.⁴⁷⁸ Esto, por ejemplo se produciría, con la actual regulación legal, entrando en el domicilio de un investigado, entrando en los llamados canales cerrados de comunicación en la web o también, grabando las reuniones con los investigados sin contar con autorización judicial previa. Todo ello iría en contra del art. 11 de la LOPJ.

3.1.4. Delitos que puede investigar el agente encubierto y actividades que puede realizar

El agente encubierto que prevé nuestra LECrim en el 282 BIS LECrim solamente puede investigar un conjunto de delitos previstos en la lista del apartado cuarto del mismo artículo cuando se sospeche que están siendo preparados o perpetrados por tres o más personas asociadas de forma permanente o reiterada, es decir, que dichos delitos estén siendo preparados o perpetrados en el seno de la delincuencia organizada.

Hay que tener en cuenta que el legislador redacta el art. 282 BIS LECrim pensando en las investigaciones de *“las actividades propias que afecten a la delincuencia organizada”*, así, el agente encubierto solamente puede investigar actividades, delitos

⁴⁷⁷ Si no se lesiona un derecho fundamental que conduzca a la nulidad probatoria del art. 11 LOPJ.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, la SAN 11/2019, de 15 de julio.

que se estén preparando o perpetrando en el seno de la delincuencia organizada, a estos efectos, nuestro legislador especifica lo que debemos entender por delincuencia organizada en la LECrim, en el propio art. 282 BIS que regula esta figura. Pues bien, determina que como delincuencia organizada se considerará la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que a continuación enumera en el apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim.

Esos delitos son: la obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 BIS del CP, delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 CP, delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 BIS CP, delitos relativos a la prostitución de los arts. 187 a 189 CP, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial de los arts. 270 a 277 CP, delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 CP, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros art. 318 BIS CP, delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada de los arts. 332 y 334 CP, delito de tráfico de material nuclear y radiactivo del art. 345 CP, delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 CP, delitos de falsificación de moneda, previsto en el art. 386 del CP, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, del art. 399 BIS CP, delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 CP, delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 CP y delitos contra el patrimonio histórico del art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Esta regulación hace que el agente encubierto solo pueda ser autorizado para investigar alguno de esos delitos específicamente enunciados y solamente cuando existan indicios muy fundados de que pueden estar siendo preparados o perpetrados por tres o más personas cuando realicen de forma permanente o reiterada conductas que tengan como fin cometer alguno de esos delitos.

Creemos que esta regulación limita posibilidades del agente encubierto. Entendemos que el legislador limite la autorización de esta figura porque es muy peligrosa tanto para el agente policía que protagonice la operación como para los derechos y garantías de los investigados, pero no se debería limitar tanto su actuación. Nosotros abogamos por un ámbito de actuación del agente encubierto mucho más amplio, en primer lugar sin que se supedita siempre a las operaciones encaminadas a desarticular

organizaciones criminales, es decir, que para nosotros el agente encubierto debería de poder investigar delitos que no se desarrollen en el seno de la delincuencia organizada sino que estén siendo preparados o perpetrados por una sola persona, por dos personas asociadas de forma permanente o reiterada o sencillamente, por dos o más personas que se ponen de acuerdo para perpetrar uno o varios delitos graves. En segundo lugar no estamos de acuerdo con la lista de delitos *numerus clausus* del art. 282 BIS que puede investigar el agente encubierto, queremos que desaparezca, como hemos puesto de relieve en varias ocasiones, para nosotros los delitos que podría investigar el agente encubierto deben ser los delitos graves y dentro de ellos los que se motiven que no podrían ser investigados con ningún otro medio de investigación previsto en la LECrim.

De esta forma, se limitarían los delitos que se pueden investigar con agente encubierto de manera más ajustada porque la delincuencia organizada no para de evolucionar y modificarse y cada vez más delitos pueden ser perpetrados en su seno y porque el agente encubierto es una herramienta de investigación muy efectiva que en muchas ocasiones puede encajar en las investigaciones que no tienen que ver con la delincuencia organizada pero siguen siendo delitos graves cuyas investigaciones son muy complejas. En ALECRim desaparece la lista de delitos pero se sigue manteniendo la delincuencia organizada entendida como vemos en la LECrim hoy en día como el ámbito de actuación del agente encubierto.

Además de los delitos para los que se puede autorizar la investigación de un agente encubierto es necesario conocer las actividades que actualmente la legislación española, la LECrim, permite realizar al agente encubierto, porque de ellas dependerá que se respeten los principios del proceso penal así como los derechos y las garantías de los investigados y acusados que analizaremos en los próximos capítulos. También necesitamos conocer las actividades que puede protagonizar el agente de policía para posteriormente analizar los límites de las mismas.

Durante el desarrollo de dichas actividades debemos pensar en todo lo que puede acontecer en la vida ficticia del agente encubierto, porque en virtud del art. 282 BIS LECrim una vez concedida la autorización judicial puede actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Así, comencemos diciendo que el agente encubierto podrá protagonizar todas las actividades cotidianas de la vida diaria de cualquier persona y del día a día de un miembro de una organización criminal, puede realizar todo tipo de negocios jurídicos como por ejemplo firmar un contrato de alquiler de una vivienda etc... porque están legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo la identidad supuesta.

Destaquemos que puede recibir cantidades de dinero de los investigados, pues bien, el funcionario de policía que haga de agente encubierto y las reciba debe de ponerlas a disposición judicial a la luz del art. 367 BIS LECrim, el dinero se debe ingresar en la cuenta de consignaciones judiciales. Según GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ Y LAFONT NICUESA⁴⁷⁹ el Juez que instruya la causa debe de tener constancia de que al agente encubierto se le ha entregado dinero porque puede autorizar su utilización provisional, nosotros consideramos que cuando se hagan entregas monetarias importantes al agente encubierto sí que se debe informar al Juez de Instrucción, o, cuando tenga especial relevancia para la investigación sí que debería quedar reflejado en las actas, por ejemplo, cuando al agente encubierto le pagan por sus servicios prestados para que la organización criminal pueda cometer un delito, como podemos observar en la SAN de 3 de mayo, 18/2018, en la que se entregaron 3000 euros al agente encubierto como pago anticipado de su ayuda para introducir la droga en el país.

Sin embargo, al contrario que dichos autores no consideramos que siempre se tenga que informar al Juez de Instrucción para que éste autorice la utilización del dinero por parte del agente encubierto, porque recordemos que el art. 282 BIS LECrim en su primer apartado lo habilita para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad, por lo que el agente encubierto utilizará el dinero en su vida diaria para realizar las operaciones jurídicas que sirvan para mantener las apariencias, y aunque tengan relación con la organización criminal no consideramos necesario informar al Juez de Instrucción.⁴⁸⁰ Lo cierto es que, carecemos de una regulación sobre estos aspectos de las actividades encubiertas y en la actualidad

⁴⁷⁹ GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J., ``Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil'', *op. cit.*... p. 12 y p.177.

⁴⁸⁰ Por ejemplo, en la STS 502/2017 de 3 de julio en la que el agente encubierto recibe dinero de los miembros de la organización criminal para gastos de transferencia de vehículos.

lo que observamos en la jurisprudencia es que todo depende de cada una de las operaciones encubiertas, a pesar de poder ser tan dispares.

Consideramos que la LECrim debería agilizar la actuación del agente encubierto de manera garantista, esto es, del análisis pormenorizado del art. 282 BIS LECrim se extrae que, además de la autorización judicial para comenzar la investigación encubierta, art. 282 BIS apartado 1, la policía judicial deberá motivar hasta cuatro autorizaciones más cuando:

- Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, art. 282 BIS apartado 3.
- Cuando pretenda obtener imágenes y grabar las conversaciones⁴⁸¹ que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio y ya haya obtenido autorización para poder acceder al domicilio, art. 282 BIS apartado 7, porque recordemos la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental, art. 18.4 CE.
- Cuando, en el caso del agente encubierto informático, pretenda adentrarse en un canal cerrado de comunicación, art. 282 BIS apartado 6.
- Cuando, en el caso del agente encubierto informático, pretenda intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, art. 282 BIS apartado 6, párrafo segundo.

A nuestro parecer el legislador cae en la reiteración innecesaria, y creemos que prever en la propia LECrim tantas autorizaciones judiciales no aporta más seguridad a los investigados, sino que más bien pone en una situación de peligro al agente encubierto, sencillamente porque en la vida real todo pasa muy rápido y la obtención de cualquier otra autorización judicial requiere un tiempo del que en la realidad no se dispone. La cadena de comunicación puede ser muy larga en cada una de las autorizaciones que solicite el agente encubierto porque en cada una de ellas el agente encubierto se lo comunica a la Unidad de Agentes encubiertos, al grupo que opere la infiltración. Se deberá de esperar que éste realice el oficio motivándolo, que el Juez de Instrucción lo autorice también de manera motivada, llegue la debida autorización a la unidad de agentes encubiertos y la misma a través del agente de cobertura o de enlace o por sí misma, se lo

⁴⁸¹ Aun sabiendo que el derecho a la propia imagen y a la intimidad que podrían ser vulnerados si el agente encubierto obtuviese imágenes o grabara las conversaciones, son derechos fundamentales que ya quedarían protegidos con la primera autorización judicial que prevé el art. 282 BIS apartado 3.

comunique al agente encubierto. Este *iter* conlleva un tiempo que el agente encubierto no tiene cuando debe tomar dichas decisiones.

Y esa agilización de la actuación del agente encubierto de manera garantista⁴⁸², que hemos enunciado, se conseguiría si en la primera autorización judicial en la que el Fiscal o Juez de Instrucción autoriza la operación encubierta también se autorice expresamente al agente encubierto a realizar actuaciones de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales especificando los derechos fundamentales que normalmente son afectados en las operaciones encubiertas o los que podrían ser limitados a la luz del plan de infiltración policial que recibe el Juez de Instrucción o Fiscal cuando debe autorizar dicha medida⁴⁸³ de investigación esta quizá sea la solución más razonable a todo esto.

3.1.5. Información que debe aportar el agente encubierto

El art.282 BIS LECrim apartado primero establece que *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”*

A) Informar a quien autorizó la infiltración. Plazo y forma.

El objetivo principal de autorizar una operación encubierta es que el funcionario de policía informe de todo aquello que tenga relevancia para la investigación penal y de esta forma nutra la instrucción: obtener datos, indicios y pruebas.

Como se expuso, la actividad encubierta puede ser autorizada bien por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez de Instrucción, bien por el propio Juez de Instrucción, de esta forma depende del momento procesal en el que se encuentre la causa que el agente encubierto tenga que informar a uno u otro. En otras palabras: si ya se han

⁴⁸² Porque, como defiende GUZMÁN FLUJÁ, V., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal” *op. cit.*... p. 3 “Hay que evitar que las garantías se conviertan en pretextos que priven al proceso de su eficiencia, que le impidan cumplir su objetivo”.

⁴⁸³ Aquí, pensamos que la comunicación con la policía judicial es esencial, cuando se motiva un oficio para obtener la autorización del Juez de Instrucción de un agente encubierto, la policía judicial y más específicamente la Unidad de Agentes Encubiertos suele conocer qué actividades podría tener que llevar a cabo el agente encubierto, se ha realizado ya el plan de infiltración policial y se pueden especificar qué derechos fundamentales se podrían ver limitados.

incoado las diligencias previas entonces, de acuerdo a la regulación vigente, siempre se tiene que informar al Juez de instrucción, si es un momento más temprano y solo existen diligencias preprocesales entonces se informará al fiscal autorizante porque recordemos que una de las actividades del Ministerio Fiscal es supervisar la infiltración durante los contactos previos, durante las diligencias preprocesales. Una vez que el Fiscal haya dado cuenta inmediata al Juez de Instrucción y éste haya abierto la fase instructora debe informar a dicho Juez de Instrucción.

En la literatura consultada, hemos percibido un gran descontento en cuanto a quién debe dirigirse el agente encubierto, a la fijación de las funciones que debe realizar en estos casos el Ministerio Fiscal, el Juez de instrucción y lo que ocurre con sus funciones de guardia, hay una ausencia de especificidad, sus funciones no están claras, se confunden y esto en la mayoría de las ocasiones puede producir la descordinación de las actuaciones. LÓPEZ-MUÑOZ⁴⁸⁴ llega a considerar que esto hace que el agente encubierto tenga que informar directamente a tantos mandos y autoridades que se llega a entorpecer la actividad de investigación. En definitiva, se perjudica la investigación.

En cuanto al plazo y la forma de transmitir la información, en la autorización judicial obligatoria, expresa y motivada suelen especificarse estos dos aspectos: la periodicidad y la forma que adoptarán porque no existe especificación legal sobre ello⁴⁸⁵.

Pero aquí nos gustaría añadir que habría que considerar que en muchas ocasiones esos plazos pueden no cumplirse, con ello queremos decir que en las actuaciones encubiertas enviar los resultados de la investigación requiere escoger un buen momento en el que no se levanten sospechas, que de seguro la policía judicial lo encontrará porque está entrenada para ello, aunque cada investigación es distinta pero todas conllevan mucho riesgo. Es necesario tener en cuenta que no cumplir con los plazos previstos en la resolución que autorice la infiltración entendiéndolo de esta forma en que exponemos, no vulneraría ningún derecho fundamental y nos parece que, el agente encubierto no debería incurrir con ello en ningún tipo de responsabilidad, penal o disciplinaria, siempre que esté

⁴⁸⁴ LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, op. cit... p. 178. Compartimos su visión.

⁴⁸⁵ El art. 282 BIS en su apartado primero dice expresamente que *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación.”* por lo que cuando no se fije un plazo determinado en la propia autorización de la operación encubierta hemos de tener en cuenta el art. 295 de la LECrim *“En ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del artículo 284”*.

debidamente justificado y siempre que las actas enviadas permitan el control judicial de la operación encubierta.⁴⁸⁶ Así, lo podemos encontrar en jurisprudencia reciente, sirva de ejemplo la STS 140/2019, de 13 de marzo que dice expresamente *“...no se fija un plazo determinado para el cumplimiento de este deber, sino que el legislador se limita a disponer que “deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación”*”.

Sobre esta cuestión el anteproyecto de LECrim del 2020, en su art.505 apartado cuarto establece que *“Los agentes encubiertos, tan pronto como les sea posible teniendo en cuenta lo necesario para garantizar su seguridad, informarán detalladamente al Ministerio Fiscal del desarrollo de las investigaciones”*.

Por último en cuanto al plazo, sí que nos parece que debería ser obligatorio que se remita una acta especial y más amplia cuando vaya a terminar el plazo de actuación del agente encubierto tanto si se va a solicitar una prórroga como si no, pero especialmente si se va a solicitar la prórroga de la actuación encubierta especificando los motivos por los que se interesa. Autores como CONDE-PUMPIDO⁴⁸⁷ determina que incluso se debe realizar un informe final con el resumen de todo lo que se ha averiguado durante la operación encubierta.

En cuanto a la forma, son lo que llamamos *“actas”* es decir son los informes en los que se documenta la actividad de infiltración. No tienen una forma predeterminada por la ley. Lo que implica una gran flexibilidad totalmente necesaria dada las nuevas formas de información que se actualizan día a día, con esto queremos decir que pueden adoptar cualquier soporte pero que normalmente al juzgado que instruya la causa o a la fiscalía deben llegar de la misma forma que los oficios policiales. Los operadores jurídicos las llaman de distintas formas: actas, notas informativas⁴⁸⁸ o informes de actuación⁴⁸⁹.

Por último, es necesario decir que la información que se refleja en las actas tiene el objetivo último de preparar el juicio oral, porque el agente encubierto es una diligencia o instrumento de investigación penal y la información que proporciona es necesaria para decidir sobre la apertura o no del juicio oral y por ello, y por supuesto para no vulnerar el

⁴⁸⁶ Lo apreciamos en la STS 575/2013, de 28 de junio.

⁴⁸⁷ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., *“El agente encubierto en la legislación española”*, *op. cit...* p.15

⁴⁸⁸ Como podemos ver en el Auto de la AP de Pontevedra, sección 4ª, 886/2019, de 17 de diciembre o en la STS 835/2013, de 6 de noviembre.

⁴⁸⁹ Así las llama CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., *“El agente encubierto en la legislación española”*, *op. cit...* p. 15.

derecho de defensa, deben disponer las partes de la misma. Sin embargo, nuestro legislador no establece expresamente que el contenido de las actas tenga que ser conocido por las partes y tampoco establece el momento. Efectivamente, la información contenida en la pieza principal debe ser conocida por las partes para que puedan preparar la defensa de sus patrocinados, éstas deben conocer los contenidos incriminatorios de las actas que sí que estarán presentes en la pieza principal en virtud del art. 302 LECrim y como también podemos observar en la STS 104/2019, de 27 de febrero, en la cual se establece que si el contenido de las actas ha podido ser conocido por las partes a través de las resoluciones procesales no se vulneraría el derecho de defensa, en este mismo sentido se han expresado autores como GARCÍA GONZÁLEZ⁴⁹⁰. Esto es muy importante porque las actas pueden y suelen contener contenido incriminatorio suficiente como para fundar en ellas el auto de procesamiento y sustentar la acusación interesando la apertura del juicio oral. Además, como ya destacamos en el marco normativo, el legislador ALECrím no aprovecha para aclarar esta cuestión crucial para salvaguardar el derecho de defensa de los investigados.

B) Actas del agente encubierto

-Personas que crean las actas: Agente encubierto, agente de cobertura, equipo investigador o unidad de agentes encubiertos de la policía judicial

Toda la misión de infiltración va a estar coordinada y supervisada por la Unidad de Agentes encubiertos de la policía judicial. Dentro de la misma, se organizan equipos o unidades investigadoras que se encargan de una concreta operación encubierta dada su complejidad. Pues bien, en dichos equipos normalmente, como ya se expuso, se asigna a uno de sus componentes el rol de ``agente de cobertura``⁴⁹¹ que también es llamado ``agente de enlace``⁴⁹² o ``responsable de la investigación``⁴⁹³. Nos gustaría explicar más profundamente la función tan importante que en concreto, tiene este policía⁴⁹⁴:

⁴⁹⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, S., ``El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal``, *op. cit...*p.8.

⁴⁹¹ Según CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., ``El agente encubierto en la legislación española`` *op. cit...* p.15.

⁴⁹² Según ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, *op. cit...*p. 352.

⁴⁹³ Como podemos observar en la STS 171/2019, de 28 de marzo.

⁴⁹⁴ Al que, a pesar de tener más contacto con el agente encubierto no se le aplica lo dispuesto en el art. 282 BIS puesto que no es el agente encubierto, ni al equipo investigador ni a los miembros de la Unidad de agentes policíacos encubiertos.

Se trata de la persona que más controla la actividad del agente encubierto que se ha infiltrado en la organización criminal, vigila incluso su estado de ánimo, porque siempre existe riesgo de que el agente de policía se corrompa y traicione al Estado y porque en la actualidad no existe un seguimiento psicológico obligatorio para los agentes encubiertos en activo, para evitar trastornos mentales usuales como la ansiedad o mucho más graves como el trastorno de identidad disociativo (TID) que bien podrían acontecer durante la infiltración.

También se dedica a analizar de manera pormenorizada toda la información que le suministra el agente encubierto y que éste también documenta, también redacta las actas que se van a enviar al juzgado, que serán revisadas por el grupo de policías de la unidad de agentes encubiertos porque la realidad es que la actual LECrim solo especifica que se debe poner en conocimiento de quien autorizó la investigación, no establece quién debe redactarla.

Esto es, en todas las causas la actividad del encubierto, toda la actuación queda documentada: en unos casos lo hace el propio agente encubierto, en otros el agente de enlace, o bien el equipo o unidad investigadora, que es lo más usual, y siempre son revisadas por la unidad de agentes encubiertos de la policía judicial.⁴⁹⁵

Y esta realidad tiene pros y contras puesto que estamos ante una cadena de información. Además, todos los informes que se remitan al juzgado de instrucción, que adquieren la forma o nombre de “actas” van a estar supervisados, revisados por la unidad de agentes encubiertos buscando, sobre todo, reservar la identidad del policía, es decir, que no se haya explicitado en ellas datos que lleven a conocer la identidad del mismo. Este flujo de información requiere tiempo, no es lo mismo que el agente encubierto redacte él las actas y las envíe a que dicha información pase hasta tres filtros⁴⁹⁶, como se

⁴⁹⁵ Esto es lo que hemos podido apreciar en la jurisprudencia, en las causas en las que se instruyeron con agente encubierto como STS 503/2021, de 10 de junio que dice expresamente “*El Fiscal recibe informaciones remitidas por el agente y así obran en la pieza separada*”. STS 104/2019, de 27 de febrero dice que “*el agente daba cuenta y entregaba a su superior sus actas*”. El estudio de la literatura sobre actividades encubiertas también hace que lleguemos a estas conclusiones porque, por ejemplo LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit...p. 200 y 199 dice expresamente “*la unidad investigadora redacta dos tipos de informes*”, “*La Unidad de Agentes encubiertos examina ambos informes*”, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 231 dice expresamente “*que el agente encubierto se ponga en contacto con sus mandos policiales –telefónicamente, por correo electrónico o en persona-, de forma que sean ellos quienes redacten los informes y los entreguen a la autoridad judicial.*”

⁴⁹⁶ A la luz de la STS 104/2019, de 27 de febrero que establece expresamente que “*el agente encubierto daba cuenta y entregaba a su superior las actas*” es decir al agente de enlace, “*en las que diariamente iba relatando su actividad en relación con los investigados, de tal forma que indicaba a quién veía, con quién*

ha expuesto, ésta es la práctica habitual en la actualidad, algo que, de nuevo puede ralentizar el proceso. Así, la información que aporta el agente encubierto es, como decimos, conocida por más intermediarios y éstos también pueden corromperse, no es lo mismo que la información producida por el agente encubierto vaya directamente a quien ha autorizado la diligencia de investigación.

Por otra parte, también consideramos que todos funcionarios policías de la unidad de agentes encubiertos son conscientes de que la LECrim establece expresamente que *“dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad”* y que de esta forma se ofrece mayor seguridad al agente de policía que no debería acudir al juzgado de instrucción en ningún momento ni se revelará su identidad por accidente porque sus informaciones son revisadas por varios funcionarios de policía.

-Características, tipos de actas y su contenido

Expuesto lo anterior, necesario para conocer quién crea los informes o actas⁴⁹⁷ y cómo puede llegar la información al juzgado de instrucción es necesario tener también en cuenta que en realidad existen varios tipos de actas debido a que la pieza principal sí que es accesible a las partes.

El agente encubierto puede narrar sus actuaciones, su día a día, todas las vicisitudes que le ocurran, todos los contactos con los investigados, todas las operaciones que realice en actas y hacer llegar dicha información al agente de enlace o de cobertura. O bien puede no documentar su actuación y suministrarla a través de la vía que se considere más segura posible. Aquí, hoy en día existen posibilidades muy amplias: desde las comunicaciones telefónicas como ya exponía el profesor GASCÓN INCHAUSTI en el 2001⁴⁹⁸ hasta guardar esta información en borradores de un correo electrónico, sin llegar a ser enviados y cuya contraseña de la cuenta de correo es conocida por el agente de enlace o cobertura

hablaba o se reunía, quiénes estaban en un momento determinado juntos y, sobre todo, de qué trataban esas reuniones... el instructor policial remitía al juzgado un informe en el que, además de resumir las actividades del agente en ese periodo, recogía, íntegra y literalmente, las conversaciones, encuentros, reuniones y entrevistas que el referido agente encubierto había mantenido con cada uno de los investigados en el referido lapso de tiempo que era así incorporado a las actuaciones” es decir el instructor policial de la unidad de agentes encubiertos.

⁴⁹⁷ El profesor GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 261, las llama *“genuinos atestados policiales”* determinando que estamos ante informes en el que el policía judicial deja constancia de sus investigaciones y de sus resultados.

⁴⁹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p.231 También indica por correo electrónico o en persona.

etc... incluso se admite la forma oral en virtud del art. 294 LECrim, pero siempre eligiendo la vía que, de acuerdo a esos contactos previos con la organización criminal considere más segura y a lo contenido en el plan de la operación encubierta. Sin embargo, aquí hemos de especificar que en realidad, estamos ante una medida de investigación donde el agente encubierto no tiene la obligación de transcribir absolutamente todo lo que ocurre en su vida mientras se encuentre infiltrado en la organización criminal⁴⁹⁹, en puridad, ni siquiera es obligatoria la transcripción de absolutamente todos los mensajes que el agente encubierto intercambie con los investigados siempre que los mismos no tengan relevancia investigadora, siempre que no sean indicios o pruebas. Este es el criterio jurisprudencial que en la actualidad se sigue, como podemos apreciar en la STS 503/2021, de 10 de junio⁵⁰⁰ o en la STS 171/2019, de 28 de marzo, siempre que se produzca una aportación de información completa, los pormenores de la vida del infiltrado no son necesarios relatarlos⁵⁰¹. El agente encubierto no va a olvidar o a ocultar datos relevantes para la investigación porque sabe cuáles son, cuenta con una formación especializada en investigación. Aquí, debido a la naturaleza de la medida de investigación, es decir el día a día, la vida del agente encubierto no puede ser transcrita hora por hora, como ocurre con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, art. 588 TER f, que obliga a la policía judicial a transmitir *“la transcripción de los pasajes que considere de interés”*.

El agente de enlace o de cobertura como hemos expuesto, es el agente que realiza un seguimiento pormenorizado de la actividad del encubierto durante la infiltración, por ello tiene más confianza con el mismo, debe tener contacto con el agente encubierto de forma asidua y cercana y el agente encubierto le transmitirá al mismo, a través de la vía de comunicación que haya fijado sus actas (si es que el agente encubierto ha documentado por escrito sus investigaciones y hallazgos) o le relatará las mismas y el agente de cobertura o de enlace redactará las actas.

⁴⁹⁹ Como también apoya DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 53 y 63, que dice expresamente *“El agente encubierto deberá poner en conocimiento del Juez, con la correspondiente entrada al proceso, toda la información que obtenga que sea relevante para la investigación, tanto si perjudica como si favorece a los sospechosos.”*

⁵⁰⁰ Que dice expresamente: *“En absoluto es preciso que la transcripción exacta de los mensajes intercambiados entre el agente encubierto y el acusado se haya aportado”*.

⁵⁰¹ Estos son los criterios jurisprudenciales actuales a pesar de que el art. 282 BIS LECrim apartado 1 en su tercer párrafo establezca expresamente que *“dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad”*.

De esta forma, una vez que toda la información es suministrada por el agente encubierto a la luz de LAFONT NICUESA⁵⁰² la unidad investigadora o equipo de investigación redactará dos informes:

- El acta o informe más específico en el que se relata la actividad de infiltración de manera pormenorizada, con todas sus vicisitudes y los indicios o pruebas que vaya obteniendo. Para la pieza separada y secreta de la que no conocen las partes del proceso.
- El acta o informe u oficio más general que contiene las actividades de investigación que se han llevado a cabo por el agente encubierto indicios o pruebas complementarias y que normalmente al concluir las investigaciones la unidad investigadora o equipo de investigación suele aportar especificando además los detenidos y las pruebas recabadas contra los investigados. Para la pieza principal, por ello es muy importante que no figure ninguna referencia relativa a la verdadera identidad, ni el nombre en clave o código numérico o alfanumérico del agente encubierto ni siquiera cualquier expresión que induzca a pensar en una actividad encubierta. Aquí, lo que se debe de tener muy presente es que se pretende informar de la investigación, se pretende poner de manifiesto hechos para que los conozcan todas las partes, y especialmente para que las defensas estén informadas puedan preparar las mismas, información para no vulnerar el derecho de defensa.

Todas las actas son revisadas por la Unidad de Agentes Encubiertos de la Policía Judicial sobre todo, como bien advierte CONDE-PUMPIDO GARCÍA⁵⁰³ *“para que no se manifieste ningún dato de identidad que permita a la organización criminal averiguar la identidad real del encubierto”*. Por nuestra parte, y para que no se pierda ningún tipo de información, especialmente aquella que pueda resultar ser prueba de cargo en el futuro, lo ideal sería que fuese el propio Juez de instrucción⁵⁰⁴ el que separase la información que mostrar en la pieza principal y la que se ha de guardar en la pieza separada y secreta y que no sea la policía judicial quien realice estas actuaciones.

La cadena de información es demasiado larga, excesivamente garantista, cuando en puridad el Juez de Instrucción conoce la verdadera identidad del agente y debería recibir

⁵⁰² LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto, op. cit...* p.200.

⁵⁰³ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., *“El agente encubierto en la legislación española”*, *op. cit...* p. 15.

⁵⁰⁴ Porque cuando llegue dicha información al juzgado, creemos que si la infiltración fue autorizada por el Fiscal, ya se habrá puesto en conocimiento del Juez de Instrucción.

la información más inmediata de la investigación. Dividir y depurar la información no debería ser tarea de la policía judicial⁵⁰⁵ sino del Juez de Instrucción. Consideramos que es mejor un exceso de información a que se pierda algún dato, indicio o prueba sobre todo siendo conscientes con los delitos tan graves que se investigan, no podemos dejar pasar ningún dato de cargo o descargo. Esto es un problema latente, como bien podemos observar en jurisprudencia reciente: en la STSJ de Madrid, 69/2019, de 30 de abril en la cual apreciaron contradicciones en el contenido de las actas y que no llegase al juzgado de instrucción el nombre de dos personas que fueron investigadas por el agente encubierto todo lo cual se produjo la absolución de los acusados.

3.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO DURANTE LA INVESTIGACIÓN

3.2.1. Identidad real guardada en una pieza separada y secreta

Investigar las organizaciones criminales genera muchos y diferentes riesgos, que el agente encubierto tiene que tratar de sobrellevar, pero sin lugar a dudas, que se descubra que es un agente encubierto es el principal y más importante porque desencadenaría el fin de la investigación y la más que posible venganza de la organización criminal hacia su persona, sus familiares y/o allegados. Por ello, como ya expusimos al hablar de la identidad falsa y la nueva vida del agente encubierto su identidad real así como su número de identificación de policía o carnet profesional junto con los ficticios otorgados para la operación encubierta se custodian en un sobre cerrado⁵⁰⁶ que constituye la pieza separada y secreta a la que solo puede acceder el Juez de Instrucción, posteriormente los jueces competentes y el Ministerio Fiscal y LAJ. Esta información no es accesible a las partes.

Es necesario que el LAJ tenga especial cuidado en la conservación separada y secreta de las piezas que contienen información sobre el agente encubierto y sobre la actuación. Por lo tanto, los documentos en formato papel tradicionales deben guardarse separados de los documentos de la causa principal en un sitio seguro. En el expediente

⁵⁰⁵ Autores como DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., ``Algunas cuestiones procesales, especialmente en la fase de instrucción'', en *curso de formación continua de fiscales. El blanqueo de capitales*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2008, p. 27 también apoyan esta tesis, añadiendo que esto es una garantía para el derecho de defensa de los investigados.

⁵⁰⁶ Donde su número de agente de policía ni siquiera es guardado en el programa informático del Juzgado para evitar ciberataques que puedan revelar su verdadera identidad.

judicial electrónico se tendrán que tomar todas las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad.⁵⁰⁷

Además, para proteger al agente encubierto se debe tener discreción en los oficios de la policía, sobre ello se ha pronunciado el TS determinando que esto no vulnera la tutela judicial efectiva porque los oficios policiales pueden ser leídos por todos además de por el Juez de Instrucción.⁵⁰⁸ Dichos oficios y las actas que va enviar el agente encubierto siempre son revisados por los integrantes de la Unidad de Agentes Encubiertos de la Policía Judicial antes de ser enviados al Juzgado de instrucción, como expusimos.

3.2.2. Aplicación de la LOPTP⁵⁰⁹

Otorgar al agente encubierto la calidad de testigo protegido durante la instrucción quizá sea, junto la conservación en secreto de su identidad real, la medida de protección principal para su persona. También para sus familiares y allegados. Principalmente, las autoridades judiciales se referirán al agente encubierto con un nombre genérico o un código numérico o alfanumérico, las notificaciones judiciales no se dirigirán al domicilio ni real ni ficticio del agente y se evitará por todos los medios que acuda al juzgado de instrucción. Lo desarrollaremos más profundamente en el siguiente capítulo porque el agente encubierto puede seguir siendo un testigo protegido durante las sesiones plenarias, cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido como prevé expresamente el mismo artículo en su mismo apartado.⁵¹⁰

Sin embargo, resaltemos en este punto que aunque alguna de las partes o todas soliciten de manera motivada que se revele la identidad del testigo protegido, en virtud del art. 4.3 LOPTP, el Juez no va a desvelar la verdadera identidad del agente encubierto,

⁵⁰⁷ MORENO GARCÉS, M.D., ``Protección de datos en el Proceso Penal. Supuestos prácticos (II) Acceso a las actuaciones. Testigo protegido y Estatuto de la Víctima. Agente Encubierto. Datos contenidos en el SIRAJ. Otras cuestiones prácticas, conclusiones'', en *Curso de formación continua de Letrados de la Administración de Justicia. Taller práctico sobre protección de datos. El LAJ y la Protección de Datos. El Reglamento 2016/679*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2019, p.13.

⁵⁰⁸ STS 575/2013, de 28 de Junio.

⁵⁰⁹ El antecedente de esta ley es el Tratado internacional sobre la Convención contra la tortura en virtud de su art. 13 que establece que es necesario que cada Estado adopte las medidas adecuadas ``para asegurar que los testigos del delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado.''

⁵¹⁰ Sin embargo, la posible aplicación de la LOPTP no se contempla en el el Anteproyecto de LECrim 2020, ya que como hemos apuntado en capítulos anteriores, su art. 507 establece que ``los funcionarios de la Policía Judicial, que hubieran actuado como agentes encubiertos, podrán utilizar la identidad supuesta que se les hubiera dado cuando hayan de testificar en el juicio oral en relación con los hechos investigados''.

en todo caso podría llegar a publicar la supuesta, pero nunca la identidad verdadera del agente que ha encarnado al personaje del agente encubierto, luego el agente encubierto representa una excepción a la aplicación del art. 4.3 de la LOPTP.⁵¹¹

Y sobre esto, como no podía ser de otra manera al parecer limitador de derechos y garantías de las partes, porque a fin de cuentas se van a enfrentar a la práctica de una prueba, la testifical, de la que no conocen la identidad de quien acusa, por ello existe un debate doctrinal, existen autores que lo ven discriminatorio en relación con el resto de testigos protegidos, porque sólo si se trata de un agente encubierto no se revelaría su identidad real como es el caso de SEQUEROS SAZATORNI⁵¹² pero al igual que LAFONT NICUESA nosotros también estimamos que la razón que motiva que se pueda revelar la identidad del resto de testigos protegidos, no se produce en el caso del agente encubierto, es decir que la enemistad, odio, hostilidades o resentimientos que pudieran motivar que se revelase la identidad del resto de testigos protegidos en el caso del agente encubierto es muy difícil o casi imposible que se produzcan y de ocurrir sería una casualidad, porque el funcionario policía se elige entre los integrantes de la unidad de agentes encubiertos de la policía judicial y no una persona que entra en el proceso determinando que necesita protección en los que sí que se pueden dar esas relaciones fuera del proceso de odio, enemistad, inquina, hostilidad que justificarían la revelación de su identidad.⁵¹³ También porque pensamos que a pesar de que las operaciones encubiertas pueden ser muy largas, en ocasiones llegar a durar años, si se ocasionasen hostilidades, odios, enemistades etc...con el agente encubierto, éste es un profesional, debidamente entrenado por lo que sabrá mantenerse al margen y no afectarán a sus declaraciones.

Finalmente, es el Juez el que debe de decidir porque, si seguimos específicamente en el dictado del art. 282 BIS LECrim indica que *“podrán mantener dicha identidad...”*

⁵¹¹ Como avala CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., *“Investigación policial y recuperación de activos procedentes de la corrupción y el crimen organizado”*, en *Recuperación de activos y decomisos. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Dir. Berdugo Gómez de la Torre, I., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 que establece que la identidad real del agente encubierto sí que se puede ocultar a las partes y está amparado por la LOPTP pero que, lo que no se ha de ocultar a las partes es la existencia de los agentes encubiertos en el proceso.

⁵¹² SEQUEROS SAZATORNI, F., *“El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)”*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 2000, p. 780.

⁵¹³ Este mismo argumento lo podemos observar en la STS 384/2016, de 5 de mayo.

refiriéndose a la supuesta⁵¹⁴, por lo que entendemos que, de revelarse alguna identidad solamente sería la supuesta y nunca la real. Sobre esta última idea hay opiniones en la doctrina de todo tipo. Existen autores que piensan que sí que se podría llegar a revelar la identidad real del propio agente policía, no solamente la ficticia creada para la operación pero que ello requeriría un estudio del tipo de organización criminal en la que se ha infiltrado, porque estima que depende de su peligrosidad.⁵¹⁵ Pero otros, coinciden con nuestro criterio⁵¹⁶: en el proceso penal se debería revelar al menos la identidad supuesta del agente encubierto para que los acusados sepan quien les acusa y quién está testificando porque esa fue la persona con la que se relacionaron y tuvieron confianza (una persona con una vida, que aunque ficticia, fue la que conocieron) porque revelar la verdadera identidad del agente policía no aportaría más luz a la defensa ni aportaría más garantías al enjuiciado⁵¹⁷, solo generaría peligros que la actual legislación sobre protección de testigos y peritos, no cubre. Revelar la verdadera identidad del encubierto haría que los agentes de policía dudaran en acudir al juicio oral a ratificar lo contenido en las actas, es decir todo lo aportado al proceso durante su investigación porque se estaría poniendo en peligro su integridad física y la de sus familiares y allegados dado el carácter tan vengativo y violento que tienen las organizaciones criminales, y esto independientemente de su objeto.

Además de la verdadera identidad, tampoco se va a revelar a las partes los procesos en los que estuviera incurso el agente encubierto, o en los que haya estado así como otros datos del agente que puedan llevar a las partes a intuir su identidad real.⁵¹⁸

⁵¹⁴ Algo que también avala el TEDH para garantizar el anonimato del agente encubierto y que se pueda llegar a utilizar en otras operaciones encubiertas como podemos apreciar en la STEDH de 8 de junio de 2016, caso Morari versus Moldavia, número 65311/09 por la cual “los tribunales tuvieron la oportunidad de continuar usando esos nombres para los fines del proceso, sin revelar sus nombres reales. En opinión del Tribunal era fundamental en las circunstancias del presente caso, escuchar a E. y T. para determinar adecuadamente la cuestión de la trampa planteada por el solicitante. Sin embargo los tribunales nacionales omitieron hacer eso.”

⁵¹⁵ PALACIO SÁNCHEZ IZQUIERDO, J.R., “Entregas vigiladas y agentes encubiertos”, en *Revista técnica del Ertzaina*, número 33, 2000, p. 29.

⁵¹⁶ Autores como GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.R., *La lucha policial contra la delincuencia organizada en España: Misión imposible*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008, p. 49. tampoco están de acuerdo en que se pudiese llegar a desvelar la identidad real del AE. También para BONILLA GARCÍA, J.V., “Los agentes encubiertos y la gestión de confidentes e informadores” en *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, Dirs. Giménez-Salinas Framis, A., González Álvarez, J.L., ed. Lid, Madrid, 2016, p. 206.

⁵¹⁷ Como establece la STS 975/2007, de 15 de noviembre porque lo que importa no es quien sea el agente encubierto lo que realmente importa en el proceso es cómo ha llevado a cabo su actuación que lo haya documentado todo y que acuda al juicio oral.

⁵¹⁸ Como podemos observar en jurisprudencia reciente, como STS 655/2007, de 25 de junio.

Con todo, la actividad de infiltración termina pero la protección que se debe brindar a la persona policía agente encubierto debería permanecer, manteniendo su identidad falsa. Nuestra LECrim actual no establece que la identidad falsa se pueda mantener una vez cerrado el proceso o procesos en los que ha estado incurso, no dice nada sobre las medidas de protección del agente encubierto en la fase de ejecución. Finalicemos diciendo que en el anteproyecto de LECrim del 2020 en su art. 504 sí que dice expresamente que la identidad del agente encubierto se puede mantener en secreto incluso después de haber concluido el proceso.

3.2.3. Aplicación de otras medidas de protección no previstas en la LOPTP

El Juez puede adoptar una serie de medidas de protección, que dada la antigüedad de la LOPTP han ido modificándose, tal es el caso de la utilización de la videoconferencia, mecanismos de distorsión de la imagen y/o voz, entre otros. Nosotros consideramos que la utilización de estos medios físicos serían un plus de seguridad aportada al agente de policía porque, de no adoptarse declararía como cualquier otro testigo conocido por los acusados (porque tuvo contacto con ellos durante la infiltración) pero bajo su identidad supuesta. Como se puede mantener la identidad ficticia durante todo el proceso pensamos que dichas medidas significarían un plus de seguridad y no las consideramos desmesuradas o excesivamente protectoras amén del carácter vengativo y violento de todas las organizaciones criminales, independientemente de su objeto.

Pues bien, en primer lugar hablemos de **la videoconferencia**. Además de las cautelas que venimos exponiendo en los apartados anteriores, creemos que se es necesario evitar del todo los contactos físicos innecesarios del agente con el juzgado siempre que lo que se requiera del mismo se pueda conseguir por otros medios. Por ello, lo ideal es que el agente encubierto nunca acuda al juzgado de instrucción como regla general, que no se le suela citar para declarar como testigo durante la instrucción y esto, además de necesario nos parece lo más lógico, porque en puridad, su declaración no va a arrojar más luz a la investigación, esto es: toda la información que pudiese aportar la diligencia de investigación de la declaración del agente encubierto en realidad va a estar recogida en las actas que deben llegar al juzgado de instrucción. Aun así, si el Juez de Instrucción considera necesario interrogar al agente encubierto durante la instrucción⁵¹⁹, creemos que

⁵¹⁹ Porque, por ejemplo, crea que se ha corrompido o porque ha cometido un delito durante sus investigaciones.

su declaración siempre debería realizarse a través de videoconferencia, en virtud del art. 731 BIS LECrim para que así el agente encubierto no deba acudir físicamente a la sede del juzgado.

Otra de las medidas que no se encuentran previstas en la LOPTP es que se pueda **distorsionar su imagen y/o voz**, cuando se produce su declaración a través de videoconferencia ya sea en la fase de instrucción o bien durante las sesiones plenarias, algo que no prevé tampoco la LECrim actual pero que el ALECrím sí que recoge en el art. 471 sobre el testigo protegido, en su apartado primero, su letra b) dispone *“Que se utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual y si fuera necesario distorsione su voz”*.

Todas estas medidas, al igual que las que sí que prevé la LOPTP se tendrán que solicitar por escrito y que el Juez lo decida de manera motivada para no afectar a ningún derecho del enjuiciado.

Nos gustaría añadir que una de las medidas que consideramos más importantes y que actualmente no se recogen en nuestro ordenamiento jurídico es **la atención psicológica** del policía que ha protagonizado las labores encubiertas, a nuestro parecer es una medida de protección del agente encubierto muy importante para su salud mental, porque recordemos, la continua ficción en la que ha de vivir, todas las mentiras, las posibles improvisaciones diarias pueden generarle problemas de salud mental tales como la ansiedad, trastornos de personalidad etc... una infiltración completa y fructífera requiere de la entrega total del agente y esto siempre pasa factura, máxime si recordamos los delitos que pueden ser investigados por el agente encubierto, no solo es la mentira constante sino las vivencias traumáticas a las que el agente también está sometido.⁵²⁰

Precisamente por todos los peligros que tiene que asumir el agente encubierto se motiva el carácter voluntario que establece nuestro legislador en el apartado segundo del art. 282 BIS LECrim para protagonizar operaciones encubiertas, como ya se ha adelantado en algunos apartados de esta tesis, en España, gracias a este artículo no se puede obligar a ningún funcionario de la policía judicial a renunciar al derecho a la imagen y a su propia identidad.

⁵²⁰ Las medidas de apoyo psicológico a estos agentes sí que se encuentran previstas en otros países como es el caso de Argentina, en su estatuto del agente encubierto, una vez terminada la infiltración, nosotros apostamos por regular un apoyo psicológico anterior y preparativo de la infiltración, durante la misma (con las debidas precauciones) y por supuesto posterior para restaurar al agente a su vida previa a dicha misión.

Implantar un mecanismo seguro para su detención

Es necesario remarcar aquí, porque en algunas ocasiones ha ocurrido, que cuando se producen detenciones, se puede detener también al agente encubierto, el mismo puede acabar declarando en el juzgado en funciones de guardia del partido judicial donde haya tenido lugar el ilícito por el que se le detenga, que desconoce de su papel de agente encubierto y sin lugar a dudas esto genera bastantes riesgos no solo para la operación sino para el funcionario policía que la protagoniza.⁵²¹ Para ello, consideramos oportuno que se cree un mecanismo que permita al agente encubierto en activo avisar al Juez de Instrucción de guardia de que se trata de un agente encubierto, para evitar su declaración en dicho juzgado o que la misma se desarrolle en conocimiento de esta realidad. Esto lo vemos más plausible incluso que proponer mejorar la coordinación entre el Juzgado de instrucción que autorizó la actuación del agente encubierto⁵²² y el Juzgado en funciones de guardia⁵²³ de cualquiera que sea el partido judicial en el que haya tenido lugar el delito por el que se haya detenido al encubierto y más teniendo en cuenta el carácter transnacional que en la actualidad tiene la delincuencia organizada.

Informarle con antelación del levantamiento del secreto del sumario

Creemos necesario que el agente encubierto sea informado con antelación de que se va a levantar el secreto de sumario, de que se va a poner a disposición de las partes la pieza principal. Sin embargo sobre este plazo, no se pronuncia la LECrim suponemos que al ser tan específico, por ello, al igual que el art. 302 de la LECrim dispone que el secreto del sumario deberá alzarse necesariamente al menos con diez días de antelación a su conclusión el agente encubierto debería ser informado diez días antes de que se alce dicho secreto.

⁵²¹ Que tendría los mismos derechos y garantías que cualquier otro detenido en España. Más profundamente sobre ello BARONA VILAR, S., ``Garantías y derechos de los detenidos'', en *Manuales de formación continuada*, número 22, 2004, pp. 51-100.

⁵²² Porque incluso puede que se produzca la detención del encubierto antes de que el Juez de instrucción haya sido informado por el Fiscal de que autorizó la infiltración de un agente encubierto, al no establecer el art.282 BIS un plazo concreto.

⁵²³ Que es lo que propone toda la doctrina consultada: LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p.324, MARTÍNEZ QUIROGA, J.F., ``Entrada y registro, entregas vigiladas, apertura de paquetes y postales, agente encubierto y figuras afines'', *Curso de formación continua de fiscales. La investigación en el delito de tráfico de drogas y su incidencia en el juicio oral*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2015, p. 31.

3.2.4. Forma de procesar al agente encubierto y su posible futura exención de responsabilidad criminal

El apartado quinto del art. 282 BIS LECrim prevé que para poder proceder penalmente contra el agente encubierto, para poder imputarle por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación el Juez competente que haya de dilucidar la causa, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto debe de requerir un informe sobre *“tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”*. Creemos que estamos ante una forma de procesar especial que dispone nuestra LECrim solo para los agentes encubiertos, si se sospecha que durante las investigaciones el agente encubierto se ha corrompido o bien que ha cometido un ilícito la forma de procesarles es distinta y esto constituye una medida de protección para los mismos y una garantía procesal para los agentes encubiertos.

En el mismo apartado quinto también encontramos una previsión legal expresa de exención de responsabilidad criminal para el encubierto para aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria de la investigación que sean proporcionadas y no constituyan una provocación al delito. Constituye una gran protección para el mismo, porque sin esta garantía existirían muchos menos funcionarios policías dispuestos a emprender este tipo de misiones dado el carácter voluntario que tiene ser agente encubierto, art. 282 BIS apartado primero. Sobre todo porque en muchas ocasiones para conseguir infiltrarse en una organización criminal, los miembros de la red que se pretende investigar obligan al agente encubierto a delinquir para probar su compromiso, también para conseguir entrar en una organización criminal es del todo necesario que el agente encubierto pertenezca al mundo en el que se está llevando a cabo el delito, para que los miembros de la organización criminal vean provechosa su relación con esta persona, un ejemplo de ello puede ser que si una organización criminal se dedica al narcotráfico, el agente encubierto pueda proporcionar una vía de entrada en la frontera, en la aduana para los alijos de droga, facilitando la tráfico de las sustancias estupefacientes con las que trafica la organización criminal investigada.⁵²⁴

⁵²⁴ La posible exención de responsabilidad criminal de los agentes encubiertos será analizada de manera pormenorizada en el apartado que dedicamos en este trabajo a la responsabilidad penal de los mismos. Sin embargo, queríamos adelantar que nos parece una medida de protección para los agentes encubiertos que nuestra LECrim recoja la posibilidad de que puedan estar exentos de responsabilidad penal por los delitos que cometan en el desarrollo de sus investigaciones cuando sean consecuencia necesaria del desarrollo de

Consideramos que estas dos previsiones legales también constituyen otra forma de proteger al agente encubierto, porque de este modo, y dada la voluntariedad de las operaciones encubiertas, más agentes se animarán a protagonizarlas, dado que la forma especial de procesal al agente encubierto y la posibilidad de estar exentos de responsabilidad penal constituyen dos garantías procesales y penales que mejoran sus circunstancias.

3.3. LÍMITES DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN O DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

En un Estado democrático y de derecho, el fin nunca justifica los medios⁵²⁵. Los Estados ejercen el *Ius puniendi* a través del proceso penal, que actúa como unas vías de un tren llevándolo a su correcta parada, en ese camino se deben respetar unos límites. De esta forma, la herramienta de investigación procesal objeto de esta tesis al igual que cuenta con unas prerrogativas o garantías procesales y penales especiales⁵²⁶, por supuesto tiene también unos límites⁵²⁷, el agente encubierto es un ejemplo de cómo un Estado democrático y de derecho puede ser puntualmente más agresivo para perseguir los delitos tan graves que perpetran las organizaciones criminales pero sin ponerse a la altura de aquellos a quienes persigue. Así, los objetivos principales del agente encubierto: obtener pruebas e indicios de los supuestos ilícitos que se estuvieren cometiendo para conseguir, de acuerdo al debido proceso y si fuese preceptivo, punir a los acusados se encuentran limitados por la necesidad de respetar los principios del proceso penal, los derechos y las garantías de los enjuiciados y pero también es cierto que los mismos, para conseguir

la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito.

⁵²⁵ Y esto porque hemos superado el derecho penal del enemigo de JAKOBS, G., *Derecho Penal del Enemigo*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003 y más actual y con una visión un tanto más reciente MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005. Así como del "derecho procesal penal del enemigo" del que habla el profesor GUZMÁN FLUJÁ, V., "El agente encubierto y las garantías del proceso penal" *op. cit...* p. 5 diciendo que "no es posible establecer reglas procesales penales que resulten excepcionales a los postulados del Estado de Derecho."

⁵²⁶ Nos referimos a la identidad supuesta, a poder mantener dicha identidad durante la fase de juicio oral, a la posibilidad de que se le aplique la LOPTP, a la posible exención de responsabilidad penal, a la forma de procesar especial que hemos descrito en el anterior apartado etc...

⁵²⁷ Porque, "no hay norma alguna, jurídica o ética, que permita al Estado investigar a cualquier precio" siguiendo al profesor ASENSIO MELLADO, J.M., "El proceso penal con todas las garantías" en *Iuris et veritas*, número 33, 2006, p. 236.

investigar y castigar delitos tan graves y tramas delictivas tan complejas propias de la delincuencia organizada, se matizan y limitan cuando interviene el agente encubierto⁵²⁸.

Con todo esto queremos decir que estamos ante una tensión de fuerzas en la que debe prevalecer el equilibrio del proceso penal: el Estado busca investigar el delito, los sospechosos o acusados pretenden preservar su libertad y el resto de sus derechos. Todo esto es lo que nos proponemos exponer para determinar dónde las informaciones recabadas por los agentes encubiertos llegan a ser inutilizables.

3.3.1. El delito provocado

Uno de los límites de la actuación del agente encubierto es la provocación del delito, que nuestro legislador lo prevé en el propio art. 282 BIS LECrim, concretamente en su apartado quinto. Digamos en primer lugar que es un límite porque el objetivo del agente encubierto no es hacer que las personas investigadas delincan en su presencia para trasladárselo al Juez, sino investigar para aportar indicios y pruebas al proceso sobre todo lo que en el seno de la organización criminal acontece, observar quién y qué delitos perpetra para trasladárselo a la fuerza instructora de forma que sea posible enjuiciar todo ello y si procede, castigarlo, punirlo.

Aclarado lo anterior, que se ha puesto de relieve en otras ocasiones en apartados anteriores, conviene decir que la presencia del agente encubierto en la organización criminal viva conllevará por parte de éste muchas actuaciones, la toma de muchas decisiones en el acto. Por ello, el funcionario policía tiene que tener muy claro que uno de los límites en su actuación es provocar el delito.⁵²⁹ El agente encubierto que recoge la LECrim en la actualidad lo que busca es verificar o comprobar el delito recogiendo indicios y pruebas de ello. El problema entorno a todo esto pivota en cuanto a qué debemos entender por provocar un delito, porque ahí es donde se encuentra el límite de actuación del que ahora hablamos. Esto se ha ido dibujando jurisprudencialmente y de manera especial en las operaciones encubiertas.

⁵²⁸ Porque la realidad es que en la investigación penal actual se pueden limitar todos los derechos fundamentales de los sospechosos o acusados de manera proporcional para asegurar que el proceso sea eficaz, es decir que se halle la verdad.

⁵²⁹ Porque el agente encubierto está exento de responsabilidad criminal *“por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”*

Los primeros tribunales que se pronunciaron sobre la provocación del delito son los norteamericanos, donde recibe el nombre de *‘‘entrapment’’*⁵³⁰, la doctrina allí fijada ha sido tomada en cuenta y ha influenciado en gran medida todo lo que hoy en día entienden los tribunales europeos sobre delito provocado. Así, en primer lugar podemos acudir a la doctrina del TEDH⁵³¹, para poder entender después la línea jurisprudencial que es seguida por el TS español. Pues bien, dicho Tribunal ha determinado que el delito provocado se produce cuando existe incitación policial, la misma la observamos cuando el agente o los agentes de policía influyen a los investigados incitándoles a cometer un delito que de otra forma no se habría cometido, todo, con el objetivo de obtener pruebas para poder aportarlas y enjuiciarles, como podemos observar en su STEDH de 1 de julio de 2008, caso *Malininas versus Lituania*, número 10071/2004.⁵³²

También podemos destacar otras STEDH más antiguas como *Teixeira de Castro versus Portugal* de 9 de junio de 1998⁵³³ y más actuales como STEDH caso *Kuzmickaja versus Lituania* de 10 de junio de 2008⁵³⁴ en todas estas sentencias lo relevante es diferenciar si el agente de policía ha presionado a los investigados, si los ha instigado o si los investigados actuaban libremente y el agente encubierto se involucró en sus deseos y acciones. Encontramos sentencias más recientes como STEDH caso *Akhbay y otros versus Alemania* de 15 de octubre de 2020, número 40495/15, en la que se sigue la doctrina de la STEDH de 23 de octubre de 2014, caso *Furcht versus Alemania*, número 54648/09 donde podemos observar que se convence a los investigados a delinquir sin que existiera una actividad delictiva anterior y por ello se aprecia la provocación del delito. Hemos de resaltar que el TEDH también ha aclarado que se produciría la provocación del delito cuando un agente de policía provoca a uno de los investigados y éste a su vez provoca a otra persona a cometer delitos que no tenía pensado cometer, como podemos

⁵³⁰ Esta doctrina jurisprudencial la expone con claridad LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... pp. 404-420, a la cual nos remitimos.

⁵³¹ Además, conviene añadir que el TEDH determina que si la defensa alega provocación, el agente encubierto debe acudir al juicio oral como podemos observar en la STEDH de 4 de noviembre de 2010, *Bannikova versus Rusia*, número 18757/2006 *‘‘...El Tribunal requerirá generalmente que los agentes encubiertos y otros testigos que podrían declarar sobre la cuestión de la incitación deben ser escuchados en la corte e interrogados por la defensa, o al menos que se deben dar razones detalladas para justificar el no hacerlo’’*

⁵³² En la que dicho tribunal expone la doctrina precedente y dice textualmente *‘‘... cuando los oficiales implicados...no se limitan a la investigación de las actividades delictivas de una manera esencialmente pasiva, sino que ejercen una influencia tal como para incitar a la comisión de un delito que de otro modo no se habría cometido, con el fin de que sea posible establecer el delito, es decir, aportar pruebas y obtener un enjuiciamiento.’’*

⁵³³ STEDH de 9 junio del 1998, caso *Teixeira de Castro versus Portugal*, número 25829/94.

⁵³⁴ STEDH de 10 de junio de 2008, caso *Kuzmickaja versus Lituania*, número 27968/03.

apreciar en la STEDH de 1 de marzo de 2011, caso Lalas versus Lituania, número 13109/04.

El TEDH considera que son dos los pilares a analizar en la provocación delictiva, por un lado, la predisposición del investigado a cometer un delito y por otro lado el comportamiento del agente encubierto (su pasividad o no). El TEDH establece que se produce la provocación del delito cuando el investigado es incitado a cometer un delito que no tenía pensado cometer, es decir que el investigado no tenía predisposición de cometer un delito pero la actuación del agente encubierto hace que la tenga. Para dilucidar esta cuestión el Tribunal se fija en:

- Si los investigados tienen antecedentes penales⁵³⁵.

-En la motivación que hace el tribunal interno para autorizar la infiltración fijándose especialmente en si se establece que el demandante ha cometido un delito antes de que se inicie la actuación encubierta.

A nuestro parecer, la predisposición a cometer un delito en la que el TEDH se fija para determinar si existe o no la provocación del delito se aprecia de manera inequívoca en la motivación que hacen los agentes de policía para solicitar la autorización de la figura del agente encubierto, porque en muchas ocasiones las razones que se suelen expresar en la práctica son, que la organización criminal viene cometiendo delitos que han de ser investigados de forma encubierta. Luego, si se estuviesen ya cometiendo delitos y por eso se interesa este medio de investigación excepcional, que los investigados tengan o no antecedentes penales nos parece baladí.⁵³⁶ Pensamos que, lo único que sería acertado sería

⁵³⁵ Sentencias como STEDH de 26 de marzo de 2015 caso Volkov & Adamsky versus Rusia, número 7614/2009 determinan que *“... nada en el expediente o en las observaciones presentadas por el Gobierno indica que el solicitante tenía antecedentes penales o que las autoridades nacionales tenían una buena razón para sospechar de él...”* así, de la lectura jurisprudencial llegamos a la conclusión de que el TEDH en la actualidad considera que tener antecedentes penales es un motivo de sospecha, y autores como LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit...p.396 dice textualmente *“debe determinarse si delinquir no es algo nuevo para el interesado”* o explícitamente *“No habrá provocación si el investigado no tiene antecedentes penales”* avalando esta tesis con la que no estamos de acuerdo, una persona sin antecedentes penales y con antecedentes penales puede ser provocada a cometer un delito. Además, consideramos que pensar que una persona con antecedentes penales puede ser más proclive a ser provocado a cometer un delito solo muestra la desconfianza en el sistema penal actual, en la reinserción en la sociedad que procura. Por lo tanto, comprobar los antecedentes penales de la persona que fue investigada y supuestamente provocada a que cometiese el delito no puede ser un criterio determinante que nos haga pensar que de tenerlos, en su caso provocar a delinquir de nuevo es más sencillo.

⁵³⁶ Es necesario exponer enérgicamente que no estamos de acuerdo con que tenga tanto peso en el proceso ante el TEDH los antecedentes penales y, en definitiva, el pasado de la persona que fue investigada utilizando agente encubierto, observamos que tiene un excesivo peso en las decisiones que toma dicho tribunal, cuando en sus sentencias observamos *“no hay nada en el pasado de los demandantes que sugiera*

tener en cuenta las actuaciones de los investigados precisamente durante el tiempo pasado que estaban siendo investigados⁵³⁷, es decir que el criterio que nos parece más correcto para apreciar la provocación delictiva es si los investigados venían cometiendo delitos durante ese tiempo en el que estaban siendo investigados o no, y no sus antecedentes penales o su pasado fuera de ese propio proceso.

En cuanto al comportamiento del agente de policía que realiza las actividades encubiertas, decir que el TEDH solamente determina que hay provocación del delito cuando la intervención del policía encubierto inicia el delito⁵³⁸. Es necesario, por tanto, que el agente encubierto no lo inicie y que mantenga una actitud pasiva, inocua, y de actuar, que dicha implicación sea coadyuvante y no determinante para la ejecución del delito.

El TEDH ha ido perfilando las actividades del agente encubierto poniendo especialmente en valor que el agente encubierto no tome la iniciativa delictiva por sí solo, que no presione al investigado⁵³⁹, no realice promesas de ganancias sin peligros o incluso apelar a la compasión de los investigados.⁵⁴⁰ El TEDH ha determinado en varias ocasiones que el hecho de que los países de la UE no cuenten con una legislación específica sobre las operaciones encubiertas supone un gran riesgo de que se produzca la provocación del delito.⁵⁴¹

Así las cosas, del estudio jurisprudencial se desprende que, el TEDH analiza si la provocación delictiva ha sido examinada debidamente por los tribunales internos ... esto es algo que el TEDH lleva realizando desde las primeras veces que tuvo que pronunciarse sobre la provocación delictiva como en *Texeira de Castro versus Portugal* de 9 de junio de 1998, algo que nos parece una garantía, porque el TEDH especialmente busca si en el

una predisposición al tráfico de drogas...'' en la STEDH 29 de septiembre de 2006, caso *Constantin & Stolan versus Rumania*, número 23782/2006.

⁵³⁷ Y no antecedentes penales pasados, como podemos apreciar en la STEDH 18 de diciembre de 2014, caso *Scholer versus Alemania*, número 14212/10, en la que se tienen en cuenta como prueba antecedentes que tenía el demandante del año 1989 donde había sido condenado por el tráfico de anfetaminas. Nos parece del todo desacertado, máxime si son antecedentes tan antiguos y aislados en el tiempo.

⁵³⁸ Algo que podemos apreciar muy claramente en la STEDH de 1 de julio de 2008, caso *Malininas versus Lituania*, número 10071/2004.

⁵³⁹ Que el agente encubierto solicite a los investigados que cometan un delito de manera persistente es provocar el delito, como vemos en STEDH de 2 de diciembre de 2014, caso *Taraneks versus Letonia*, número 3082/06.

⁵⁴⁰ Como podemos observar en la STEDH de 4 de noviembre de 2010, *Bannikova versus Rusia*, número 18757/2006.

⁵⁴¹ Algo que podemos ver en sentencias recientes como STEDH de 15 de octubre de 2020 caso *Akhbay y otros versus Alemania*, número 40495/15 que especifica expresamente ``un procedimiento claro y previsible para autorizar las medidas de investigación, así como para su adecuada supervisión.''

proceso interno se alegó motivadamente la provocación y que el tribunal se pronunciara analizando de manera pormenorizada la provocación.

El delito provocado en España

Dicho esto, y ya en nuestro país hay que detenerse en lo establecido por nuestro TS en su jurisprudencia, así en el año 1992⁵⁴² concretamente en el Recurso de casación número 2631/1992, el alto tribunal establece que el delito provocado *“...es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitadas para que lleve a cabo su conducta, simulando primero allanar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente con lo cual se suele conseguir la detención del inducido y la obtención de pruebas que se juzgan directas e inequívocas”*. Por lo tanto, y a la luz de lo expuesto, no es legal que el policía siembre en los investigados el deseo de cometer delitos y que como consecuencia de esos deseos los cometan.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en reiteradas ocasiones los presupuestos que han de producirse para apreciar el delito provocado⁵⁴³, especificando que el delito provocado consta de tres elementos:

1. El elemento subjetivo, constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
2. El elemento objetivo, consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
3. El elemento material, por el cual no debe existir riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.⁵⁴⁴

⁵⁴² Aunque existe jurisprudencia más antigua y fluctuante sobre esta cuestión que el TS ha analizado en tantas ocasiones, hemos resaltado la anterior por su claridad en cuanto a lo que hoy en día se entiende cuando hablamos de este asunto, también podemos citar la STS 1992/1993, de 15 de septiembre cuya motivación entraña los derechos que se verían vulnerados por el delito provocado, que se expondrán.

⁵⁴³ Como podemos observar en la STS 767/2007, de 3 de octubre, STS 571/2008, de 25 de septiembre. Y en el ámbito internacional, en las sentencias del TEDH de 15 de mayo de 2018, caso Virgil Dan Vasile versus Rumanía, número 35517/11, de 2 de diciembre de 2014, caso Taraneks versus Letonia, número 3082/06, de 30 de noviembre de 2014, caso Nosko y Nefedov versus Rusia, número 11789/10 también sobre el delito provocado.

⁵⁴⁴ Especificados en la STS 360/2016, de 10 de febrero de 2016.

Para estar ante una provocación del delito se deberían cumplir los tres. Esto tiene que ser valorado por el tribunal que enjuicie.⁵⁴⁵ De lo expuesto, obtenemos que el delito no se llega a perpetrar porque desde que se inicia el *iter críminis* el policía está controlando su desarrollo. En definitiva, estaremos ante un delito provocado cuando el agente encubierto incite a los investigados que no tenían previamente el propósito, el deseo de hacerlo, es decir, se crea el dolo por el agente. El agente encubierto controla todo el *iter críminis* de forma que no existan riesgos para el bien o bienes jurídicos protegidos, dándose la atipicidad y además se termine deteniendo a los sujetos que han sido provocados.⁵⁴⁶ Sencillamente, lo que no está permitido es que el agente encubierto induzca a los investigados a delinquir, porque sin dicha incitación, sin esa inducción los investigados no habrían delinquido. Esto es lo que debe valorar el tribunal *a quo* y lo que genera problemas de interpretación.

Así las cosas, la provocación del delito no debe ser protagonizada nunca por nuestro agente encubierto porque se obtendrían pruebas violando los derechos fundamentales de los investigados. Se vulneraría el principio de interdicción de los poderes públicos art.9.3 CE, incluso la dignidad de la persona y el libre ejercicio de su personalidad art. 10 CE, también el art. 11 de la LOPJ. Todo esto, exige que los agentes de policía deban ser instruidos debidamente para no incurrir en la provocación delictiva, porque generaría la irremisible nulidad de las pruebas obtenidas, sin duda es un límite en la intervención de este medio o instrumento de investigación, como podemos observar expresamente en la STS 503/2021, de 10 de junio⁵⁴⁷.

El agente encubierto induciría al delito si interviene poniendo los medios necesarios a los investigados (crea el dolo) antes de que éstos hayan comenzado a preparar el delito. Esto es del todo comprensible, aun así pensamos que, de acuerdo a cómo está regulado hoy en día esta figura, es complicado que se produzca porque cuando se autoriza un agente encubierto es en base a una motivación en la que obran las serias sospechas de comisión delictiva, el agente encubierto se autoriza cuando ya existe un *“fumus malus iure”* donde no se produciría la provocación delictiva porque la policía conoce que la

⁵⁴⁵ Decimos que se deberían de cumplir los tres, pero la realidad es que es que estamos ante una materia tan casuística que encontramos sentencias en las que solamente se cumplen dos de ellos y se aprecia provocación, como en la STS 427/2013, de 10 de mayo.

⁵⁴⁶ STS 427/2013, de 10 de mayo, que dice expresamente que *“el agente provocador es quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por este sería delito provocado”*.

⁵⁴⁷ Que determina que *“Nos encontramos con un escenario de límites en la intervención del agente encubierto”*, como venimos motivando.

organización criminal estaba cometiendo delitos, pero sí que sería plausible en esos momentos de contactos previos de la policía con los sospechosos, con la presunta organización criminal en el que el agente encubierto por ejemplo, enviando material ilícito por razón de su contenido en un canal cerrado de comunicación en la web por el agente encubierto informático antes de pasar más tiempo infiltrado en dicho canal cerrado de comunicación investigando la organización criminal y esperar a ver qué contenidos se envían.

Todo lo cual, cuando se esgrime una posible provocación delictiva por parte del agente encubierto, el Juez deberá ponderar si se dan los tres supuestos fijados en la doctrina jurisprudencial del TS para que exista el delito provocado y, como explica LAFONT NICUESA⁵⁴⁸ comprobará si la actividad del agente encubierto ayudó a los enjuiciados a delinquir pero sin ser necesaria o si por el contrario era irremplazable, si el delito se produjo gracias a la intervención del agente. Este autor considera que el Juez que tenga que determinar si estamos o no ante una provocación del delito se fija especialmente en si el delito se habría producido sin la intervención del agente encubierto⁵⁴⁹ o no.

Consideramos que esto es una cuestión casuística, en la que cada Juez o Magistrado tiene que ponderar el grado de protagonismo del agente encubierto en la operación. El órgano juzgador también atenderá a si los enjuiciados tienen o no una trayectoria delictiva⁵⁵⁰, antes de que establecieran relaciones con el agente encubierto. También suelen comprobar si los investigados contaban con medios materiales, logística para la perpetración del delito, si tenían otros contactos previos que facilitaran sus operaciones delictivas. También hacen investigaciones para saber si tenían o no un plan delictivo. Sobre todo se comprueba si la policía anima, incita o induce a los investigados a cometer el delito. Si el agente encubierto destina todos sus esfuerzos más que a investigar a hacer todo lo posible para que el delito se cometa. También tienen que tener en cuenta si los investigados estaban totalmente convencidos previamente a que entrara en su mundo el agente de policía o si tenían una voluntad débil que gracias a la irrupción del agente encubierto se convierte en convicción, es decir que el agente encubierto con su infiltración y acciones transforma la voluntad de los investigados y los convence. Tienen en cuenta si

⁵⁴⁸ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 365.

⁵⁴⁹ Porque los investigados habrían conseguido la colaboración que necesitaban mediante la ayuda de otras personas que desempeñan el mismo rol que el agente encubierto, pero sin ser policías.

⁵⁵⁰ Algo con lo que, como hemos expresado anteriormente, seguimos sin estar de acuerdo.

el comportamiento, actividades de los investigados son consecuencias de la ficción que haya podido crear el agente encubierto.⁵⁵¹ A nuestro parecer, el Tribunal debe tener muy en cuenta si quien controla la actividad delictiva es el agente encubierto o si por el contrario éste solo es una pieza más del engranaje que ayuda a lo que ya estaba planeado o se está planeando por las personas que se están investigando.

Para dilucidar todas estas cuestiones, lo normal es que los Jueces se apoyen en las escuchas, las grabaciones, los correos, los mensajes de texto, los mensajes de What'sapp, las conversaciones mantenidas entre los investigados y el agente encubierto en las redes sociales, entre otros.

3.3.2. El respeto de los principios del proceso penal durante la instrucción

Antes de que la actividad del agente encubierto se recogiera expresamente en la LECrim ya acontecían las operaciones encubiertas, pero sumidas en la inseguridad jurídica tanto para el agente de policía que las protagonizaba como para los investigados, pudiendo de esta manera realizar acciones que limitaran en exceso o incluso que vulneraran y violentaran los principios del proceso penal, las garantías procesales y los derechos tanto del agente encubierto como de los investigados.

Una vez recogida en la LECrim la posibilidad de que se autorice un agente encubierto para investigar una organización criminal, tenemos que tener muy en cuenta las actividades que éste puede llevar a cabo, expuestas en la LECrim, porque ocurrirán en la instrucción y de su legitimidad, así como de la forma de llevarlas a cabo, depende el respeto de los principios del proceso penal así como de las garantías procesales y de los derechos de los sujetos investigados. Esto supone otro de los grandes límites del agente encubierto.

Así las cosas los agentes encubiertos, en virtud del art.282 BIS apartado 1 pueden *“adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos...actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.”* Además, específicamente

⁵⁵¹ Como describe LAFONT NICUESA L., *El agente policial encubierto, op. cit...* pp. 381-384 por mor de la STS 256/2016, de 14 de diciembre.

aquellos agentes encubiertos que actúen solamente en el medio virtual, porque la organización criminal que se pretende investigar, se sospecha, que está cometiendo delitos en internet ``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´´. Art.282 BIS último inciso apartado 6⁵⁵².

Expuesto lo anterior, necesario para tener presente las interacciones que van a tener lugar con el investigado, creemos que las actividades investigadoras que desarrolla el agente encubierto afectan y limitan los principios del proceso penal así como los derechos fundamentales de los investigados y sus garantías procesales. Veámoslo:

Los principios del proceso penal que podrían verse limitados o afectados durante la investigación del Agente encubierto

Además de todos los principios que deben ser respetados en cualquier proceso penal⁵⁵³ en España, en este apartado nos gustaría resaltar especialmente algunos de los cuales consideramos que se limitarían o afectarían y que se podrían llegar a vulnerar o violentar con investigación de un agente encubierto. Así, respetar los principios del proceso penal durante la investigación del agente encubierto es uno de los límites de su actuación, durante la instrucción, la investigación de la causa⁵⁵⁴, para que sea un proceso justo tanto para el propio agente de policía como para todas las partes del mismo.

Principio de legalidad

Hoy en día, de acuerdo a la legislación vigente, el principio de legalidad procesal se encuentra garantizado, es respetado por esta diligencia de investigación porque podemos encontrar recogido expresamente en nuestra norma principal procesal, la LECrim, al agente encubierto. Como ya se expuso, la figura del agente encubierto se introduce en el 1999 con la modificación de la LECrim en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Sin embargo, queremos especificar que la propia LECrim dispone las actividades que puede llevar a cabo al establecer en su primer apartado que el agente encubierto puede

⁵⁵² Como se analizará de manera específica en esta tesis.

⁵⁵³ Tales como el principio de oportunidad, última ratio o intervención mínima, acusatorio o resocialización.

⁵⁵⁴ Así como durante el juicio oral debe respetarlos, como expondremos en el próximo capítulo.

“actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos...actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.”

Hemos de destacar aquí una realidad y es que determinar expresamente en la LECrim las actividades que puede hacer el agente encubierto hace que su actividad quede, a nuestro parecer, encorsetada, porque la vida real en una organización criminal hace que de manera obligada y a la luz de la práctica, se tenga que realizar una interpretación más flexible de este precepto, limitando en muchas ocasiones sus actividades con el respeto al principio de legalidad.

De esta forma, a pesar de que el art. 282 BIS LECrim establezca que el agente encubierto puede *“diferir la incautación de los mismos”*, normalmente se limita la actuación del agente encubierto prohibiendo realizar varias operaciones en una misma infiltración, no se permite una entrega parcial, no se suele continuar cuando el agente encubierto tiene conocimiento de la perpetración de delitos graves. En este punto, toda la literatura consultada así como la jurisprudencia, coinciden.⁵⁵⁵

Como el agente encubierto en muchas ocasiones puede actuar como un intermediario o facilitador de la organización criminal, desempeñando varios roles distintos y entrando siempre en contacto con las mercancías ilícitas⁵⁵⁶ consideramos que

⁵⁵⁵ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... pp. 164-170, SACRISTÁN PARÍS, F., *La cultura de la inteligencia. La inteligencia en la lucha contra las nuevas amenazas: La delincuencia organizada transnacional*, ed. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, Madrid, 2011; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., *“El agente encubierto en la legislación española”*, op. cit... p.13, SANSÓ-RUBERT, D., *El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*, en UNISCI. Discussion papers, número 12, 2006, pp.220-221, GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.R., *La lucha policial contra la delincuencia organizada en España: Misión imposible*, op. cit..., pp.252-253 como ejemplos en la doctrina que comparten esta postura, ejemplos jurisprudenciales muy claros de este mismo signo podrían ser la SAP de Madrid 280/2020, de 17 de julio que dice expresamente que *“tuvieron que detener al acusado sin poder seguir con la investigación y averiguar la identidad de otras personas implicadas porque nuestra legislación no lo permite.”* La STS 250/2017, de 5 de abril que también dice expresamente *“para comprobar la seguridad de la infraestructura ofrecida por el encubierto la organización propuso hacer un primer envío de prueba introduciendo sólo la cantidad de 25 kilos de cocaína, aunque estaban dispuestos a pagarle por sus servicios como si introdujeran 50 kilos, es decir, 150 000 euros en lugar de la mitad”* por lo que, de comprobar la efectividad de los servicios del agente encubierto, la organización criminal habría cometido delitos aún más graves y se podría haber procedido a la imputación de las personas que colaborasen en dicho envío, cosa que no se produjo al detener a los protagonistas con la primera remesa de 25 kg. Ocurrió lo mismo en la STS 277/2016, de 6 de abril en el que la organización criminal investigada tenía un *“futuro interés por transportar a España mayores cantidades de droga en contenedores”* pero cuando llegó el primer envío de sustancias estupefacientes se procedió a la detención de los implicados así como a la retirada del agente encubierto de la organización criminal, es decir, se puso fin a la infiltración, no se profundiza más a pesar de que seamos conscientes de que se podrían obtener más pruebas, mas indicios que aportar al proceso.

⁵⁵⁶ Roles distintos, como la persona que facilita la entrada de droga u otras mercancías ilícitas a través de un aeropuerto, puerto, frontera como podemos apreciar en STS 671/2018, de 19 de diciembre, STS

el en el estatuto o reglamento que se debería crear sobre las operaciones encubiertas debería recoger más ampliamente⁵⁵⁷ lo que sucede en la práctica, que es la investigación más duradera y estratégica, para que, cuando se desarrolle no vulneren el principio de legalidad.

Expuesto lo anterior, también pensamos que se respetará el principio de legalidad en el proceso penal en el que exista un agente encubierto porque el mismo está sometido al imperio de la ley y la exención de la responsabilidad penal que recoge el apartado quinto del art. 282 BIS LECrim durante su investigación garantiza su no vulneración puesto que solamente estará exento de responsabilidad criminal de aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. La actuación del agente encubierto se encuentra sujeta a la CE y al resto del ordenamiento jurídico, art. 9.1 y 9.3 CE.

Y aquí, es necesario exponer que a pesar de que el agente encubierto ponga en liza principios del proceso, derechos y garantías del enjuiciado y en definitiva, del proceso penal, es una figura que respeta el principio de legalidad. Porque la utilización del agente encubierto en cualquier proceso está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos expuestos en esta tesis, requisitos externos por cuanto tienen que existir indicios fundados de criminalidad y razones por las que no se pueda continuar la investigación sin la infiltración, requisitos formales porque tiene que existir la autorización fiscal o judicial que legitime la actuación del agente encubierto así como el resto de autorizaciones previstas en el art. 282 BIS LECrim, requisitos internos porque todas estas decisiones judiciales han de estar motivadas y por tanto se realiza una ponderación en las mismas sobre los derechos, garantías y principios que van a limitarse o matizarse en favor al proceso penal.

Es necesario decir que se trata de una medida o instrumentos de investigación penal en la que los ciudadanos tenemos que aceptar algunas limitaciones o matizaciones pero todas ellas tenidas en cuenta por el legislador, que motivadas y en su justa medida sirven

277/2016 de 6 de abril, STS 835/2013 de 6 de noviembre. La persona que trasporta las mercancías ilegales STS 173/2019, de 1 de abril o 635/2019 de 20 de diciembre o incluso un vendedor o comprador de droga STS 313/2017 de 3 de mayo; STS 848/203, de 13 de junio.

⁵⁵⁷ Con una exposición más detallada que el *“a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”* que actualmente vemos en el apartado primero del art. 282 BIS LECrim.

para conseguir procesar, juzgar y llegado el caso, castigar a los culpables, es decir obtener la verdad real a través del proceso penal.

GASCÓN INCHAUSTI mantiene que si los ciudadanos asumiéramos y aceptáramos que cualquier persona que interactúe con nosotros sea un agente encubierto podría suponer *“afirmar la tolerancia hacia un modelo de Estado policial, de corte totalitario y autoritario”*⁵⁵⁸ después expone la justificación de esta figura en nuestro ordenamiento con sus debidas limitaciones y motivando que los ciudadanos tenemos que tolerar ciertas intromisiones en la parcela de nuestros derechos fundamentales en pos a la averiguación de tan graves delitos, coincidimos con él en ello, consideramos que no se vulnera el principio de legalidad porque los ciudadanos debemos entenderla justificada:

-Porque el Estado persigue un fin legítimo, como decimos, la averiguación de los delitos que se estuvieren cometiendo, obteniendo para ello indicios y pruebas que aseguren el éxito del proceso penal.

-Porque esta medida de investigación se encuentra recogida expresamente en la legislación procesal Española: en el art. 282 BIS LECrim. Cualquier otra forma de infiltración en el seno de una organización criminal distinta a la utilización del agente encubierto para obtener los mismos objetivos que con éste, podría ser contraria al principio de legalidad.

-Porque su utilización ha sido interesada por la policía judicial exponiendo que existen indicios razonables de criminalidad y ha sido autorizada por el Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez de Instrucción o bien ha sido autorizada directamente por la fuerza instructora. Algo que nos parece especialmente importante porque no se da audiencia a los investigados por la propia naturaleza secreta de la investigación.

-Porque la decisión que acuerde la infiltración es una resolución motivada, fundada desde el punto de vista formal, es un auto cuando lo adopte el Juez de Instrucción y un decreto cuando lo autorice el Fiscal.

⁵⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto, op., cit...* p.96.

Principio de proporcionalidad⁵⁵⁹, adecuación, idoneidad y necesidad o subsidiariedad⁵⁶⁰

Nos parece que es otro de los principios esenciales del proceso penal que podría verse menoscabado, limitado o afectado con la actuación del agente encubierto, en varios momentos procesales: en este caso, pensamos en la vertiente del principio de proporcionalidad en la investigación, es decir, en que solo se deben autorizar las herramientas o instrumentos de investigación que sean proporcionales a la gravedad de los ilícitos que se pretende investigar, porque en virtud de este principio es esencial limitar las injerencias del Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos porque solo deben ejecutarse las medidas proporcionadas al objetivo que se persigue, que en este caso es la de obtener pruebas e indicios necesarios para procesar y si fuese preceptivo, llegar a castigar. De esta forma, tanto el Fiscal, como el Juez de Instrucción que autoricen la utilización de este instrumento de investigación, deberán motivar que es completamente proporcional a las investigaciones que se pretenden realizar y que ninguna otra medida de investigación menos gravosa de los derechos fundamentales de los investigados puede abordar dicha labor, es decir que se tiene que argumentar la imposibilidad de investigar con otros medios de investigación que no sean el agente encubierto para no vulnerar el principio de proporcionalidad.

Efectivamente, como el agente encubierto es una herramienta procesal de carácter excepcional su uso se puede motivar en la investigación de delitos perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, solamente los previstos en la enumeración que observamos en el propio art. 282 BIS apartado cuarto de la LECrim. De forma que, no estar debidamente motivado tanto por la policía judicial cuando solicita esta medida de investigación como por el Juez o Fiscal que autorice su actuación vulneraría o violentaría estos principios.

⁵⁵⁹ El profesor Gimeno Sendra, en el prólogo a la obra *“Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”* de González Cuéllar explica que del principio de proporcionalidad se obtienen consecuencias prácticas, límites a las distintas medidas restrictivas del proceso penal, en definitiva, a la injerencia del Estado en la esfera privada del ciudadano y por eso *“constituye un instrumento utilísimo al servicio de la efectividad de los derechos fundamentales y, en definitiva de la libertad, configurada en el art. 1.1 de la Constitución”*. GIMENO SENDRA, V., *“Prólogo” de Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, González-Cuéllar Serrano, N., ed. Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 1990.

⁵⁶⁰ Por otra parte, GUZMÁN FLUJÁ, V., *“El agente encubierto y las garantías del proceso penal” op. cit...* p. 21 dice sobre este principio que *“El propio agente encubierto debe ser consciente de que mientras más se atenga a estos dos principios en su actuación mayor será la probabilidad de que la información obtenida pueda ser fuente de prueba y pueda alcanzar valor probatorio en el juicio oral del proceso penal.”*

Como ya se ha explicado en anteriores apartados, no estamos de acuerdo con esa lista de delitos, cerrada, que encorseta al Fiscal y al Juez de Instrucción, pero la misma obedece a este principio. Consideramos que siempre y cuando se inicie la investigación de dichos delitos y se estime que no se puede investigar mediante otras técnicas de investigación menos gravosas, o bien no se pueda continuar la investigación ya iniciada sin el uso de la infiltración, se debería de autorizar la actuación del agente encubierto.

El principio de proporcionalidad durante la investigación del agente encubierto está presente por cuanto el agente encubierto solamente debe protagonizar actividades que sean proporcionales a la realidad que esté viviendo, porque solo de esa forma se asegurará que se ha actuado dentro de la legalidad y que se le aplicará la exención de responsabilidad criminal que prevé el art. 282 BIS LECrim.⁵⁶¹ Así, siempre debe de medir sus actuaciones para que no sean desproporcionadas y no se violente por él mismo la proporcionalidad necesaria durante su actuación.

Además, el principio de proporcionalidad en la actuación del agente encubierto también implica que éste no inicie o continúen actividades que puedan resultar perjudiciales para los investigados, para sus derechos o intereses cuando los investigados estén enfermos o intoxicados. El agente encubierto puede obtener indicios y/o pruebas de los investigados cuando estén enajenados: bebidos, drogados, enfermos⁵⁶² pero debe de ponerlo de manifiesto, indicarlo en sus actas porque esto tiene repercusión en su valor probatorio. Lo cierto es que en la práctica constituye un verdadero problema probar en qué condiciones se producen las conversaciones con el agente encubierto, esto solo lo sabe el agente encubierto y el investigado, además el agente encubierto también es humano y puede no darse cuenta de la condición en que el investigado está haciendo declaraciones en su presencia, en algunos casos está muy claro pero en otros no es tanto así.

⁵⁶¹ ``5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.''

⁵⁶² Como podemos observar en la STEDH de 24 de julio de 2014, caso Laguntin y otros versus Rusia, números 6228/09, 19678/07 52340/08, 7451/09, y 19123/09 en la que ocurre esto y, el tribunal dice expresamente ``las pruebas resultantes de la operación fueron manchadas y deberían haber sido excluidas por los tribunales nacionales, porque el agente encubierto actuó en violación del principio de proporcionalidad al continuar su operación cuando la persona investigada estaba gravemente intoxicada''. Porque incluso si fuese un interrogatorio al uso, todas las declaraciones realizadas en momentos de consciencia viciada, falta de voluntad del sujeto no tienen valor y están prohibidos, como ya establecía el TS en su sentencia 473/1982, de 22 de junio. Por ejemplo, tras tomar suero de la verdad.

Por otra parte, el agente encubierto, en virtud del art. 282 BIS apartado primero está autorizado para operar en el tráfico jurídico bajo la falsa identidad y pensamos que esta potestad al ser tan sumamente (e innecesariamente⁵⁶³) amplia que puede menoscabar el principio de proporcionalidad. Consideramos que la capacidad que confiere en este punto la LECrim al agente encubierto es excesiva porque está autorizando a los funcionarios policías que sean agentes encubiertos a realizar todo tipo de operaciones legales actuando bajo su identidad ficticia y esto, en muchos casos puede no ser proporcional y por lo tanto que la actividad del agente encubierto llegue a violentar o vulnerar este principio. Como ya se expuso en otro apartado anterior, dichas operaciones pueden generar responsabilidades jurídicas hacia el mismo, porque el agente encubierto, en la actualidad, puede efectuar e intervenir en todo tipo de negocios jurídicos. Así, puede realizar cualquier tipo de operación patrimonial e incluso inscribirlas en su debido registro, puede realizar cualquier negocio, actos comerciales etc... durante el desarrollo de la investigación.

El legislador de la actual LECrim autorizó en el precepto todo el corolario de actividades que se podrían llevar a cabo en el devenir cotidiano de la infiltración, como establece ZARAGOZA AGUADO *“permitirá actuaciones tales como la constitución de sociedades o la apertura de locales o establecimientos comerciales para aparentar la dedicación a una actividad”*⁵⁶⁴ pero nos parece que esto limita y afecta el principio de proporcionalidad y que incluso podría llegar a vulnerar o violentar este principio durante las investigación, máxime porque puede generar la responsabilidad del Estado. Así las cosas, nosotros consideramos que todas aquellas actividades jurídicas que realice el agente encubierto en el transcurso de su vida ficticia que no estén supeditadas a *“mantener las apariencias”*, las actividades que no estén avocadas del todo a generar y mantener la infiltración total en la organización criminal vulnerarían o violentarían el principio de proporcionalidad. Es necesario que en todo lo que participe en el tráfico jurídico y social, que expone la LECrim, contribuya a la investigación.⁵⁶⁵ El resto de operaciones jurídicas,

⁵⁶³ De hecho, si consultamos de nuevo el art. 504 del anteproyecto de la LECrim del 2020 vemos que lo limita solamente a que *“sea necesario para preservar su seguridad”*.

⁵⁶⁴ ZARAGOZA AGUADO, J., *“Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”*, Cuadernos de Derecho Judicial, número 5, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 107-108.

⁵⁶⁵ Y en este mismo sentido se encuentran RIZO GÓMEZ, B., *“El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado” op. cit... p.17.*

aunque avaladas por la actual redacción del presente 282 BIS, llegan al vulnerar o violentar, a nuestro parecer, el principio de proporcionalidad.

Pero, sin lugar a dudas si hay algún principio que verdaderamente se ve limitado o afectado en los procesos penales en los que existe un agente encubierto, es el:

Principio de publicidad arts. 24.2 y 120 CE

Sin lugar a dudas, si hay algún principio que verdaderamente se ve afectado o limitado en los procesos penales en los que existe un agente encubierto, es el principio de publicidad. El cual lo encontramos regulado en el ámbito internacional en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su art.14.1, en el Convenio Europeo de derechos Humanos en su art.6, en el ámbito nacional, España lo regula en la propia CE concretamente en el art.24.2 y 120⁵⁶⁶. Y en todos los procesos penales es crucial en dos momentos procesales distintos el primero de ellos es la instrucción y por supuesto en el juicio oral, en este apartado nos centraremos en el primero.

Como señala ASECIO MELLADO, `` *La publicidad no constituye un simple principio formal o procedimental, sino político y consustancial al propio proceso democrático, en cuya esencia hunde sus raíces.*''⁵⁶⁷ Así las cosas, ya que el último inciso del apartado primero del art. 282 BIS de la LECrim así lo prevé textualmente ``*La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.*'' Es decir, que como se ha explicado, la resolución por la que se autorice la investigación de un agente encubierto será motivada y fundada pero secreta.

En esta previsión legislativa hemos profundizado en apartados anteriores porque viene motivada por la necesidad de mantener en secreto la identidad real del agente encubierto para salvaguardar su investigación así como su vida e integridad física propia y de sus familiares y allegados. En dichos apartados expusimos que la información que transmite el agente encubierto en sus actas que pueda llegar a intuir o desvelar su verdadera

⁵⁶⁶ En el art.120.1 CE se indica que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

⁵⁶⁷ ASECIO MELLADO, J.M., ``El proceso penal con todas las garantías'', *op. cit...* p.239.

identidad es secreta y esto también iría en contra del principio de publicidad en pos a la investigación.

Aquí, además, debemos tener en cuenta que en una instrucción en la que exista un agente encubierto también puede ser decretado el secreto del sumario en virtud del art. 302 de la LECrim⁵⁶⁸, de hecho podemos afirmar que normalmente en los procesos en los que se autoriza la actuación del agente encubierto también se decreta el secreto de sumario limitando de esta forma la publicidad, en dichos casos asistimos a una triple limitación del principio de publicidad en beneficio del desarrollo del proceso. Decimos que es triple porque en primer lugar la identidad real del agente encubierto nunca es revelada a las partes que solo han conocido la ficticia, en segundo lugar la identidad ficticia es ocultada con la posible aplicación de la LOPTP que hará que se le atribuya al agente un nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico distinto a su número de agente policía y en tercer lugar el secreto del sumario. La declaración del secreto del sumario por sí sola, como es aceptado por todos, no vulnera el principio de publicidad del proceso penal, tal y como podemos observar en la muy asentada y pacífica jurisprudencia del TS.⁵⁶⁹ La triple limitación del principio de publicidad en la instrucción por lo explicado nos parece una reminiscencia del sistema inquisitivo, pero que es necesaria y ajustada en la fase de instrucción o sumario de las causas investigadas mediante agentes encubiertos.⁵⁷⁰

Sobre el principio de publicidad en la instrucción, debemos concluir, que el mismo se encuentra limitado, matizado en los procesos que requieren una investigación tan compleja como los que tratamos, delitos supuestamente perpetrados en el seno de la delincuencia organizada donde se puede autorizar la utilización de esta herramienta de investigación. En este caso, es la fuerza instructora la encargada de compaginar la publicidad garantista del proceso⁵⁷¹ con la protección de la investigación y por supuesto,

⁵⁶⁸ Que además, como sabemos, debe levantarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario para no causar indefensión a las partes. Y que en estos procesos será total, además en el mismo artículo se establece que el secreto del sumario no puede superar el mes de duración, algo que en estos procesos no se cumple.

⁵⁶⁹ Como por ejemplo en su STS 297/2003 de 8 de septiembre, en la que se establece que el decreto del secreto de sumario no es una medida que limite el derecho fundamental al proceso público sino que solo está posponiendo el momento en que las partes pueden conocer las actuaciones para salvaguardar las diligencias de investigación.

⁵⁷⁰ Algo que podemos apreciar en el propio articulado de la LECrim como en el art. 301 que dice expresamente *“Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”*.

⁵⁷¹ Porque según el Protocolo de Comunicación de la Justicia del 2020 del Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-12 determina que a pesar de que se decreta el secreto del sumario, el Juez de Instrucción

y lo que es mucho más importante: el derecho a la vida e integridad física del agente encubierto así como de sus familiares y allegados.

Principio de búsqueda de la verdad material no real

Este principio significa que la finalidad del proceso penal, a lo que tiende el proceso penal, es a averiguar lo que de verdad ha ocurrido. Averiguar qué ha ocurrido realmente. Según FERRAJOLI *“la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada.”*⁵⁷² Y este principio procesal es precisamente otro de los motivos para autorizar la infiltración de un agente encubierto en una organización criminal. Siguiendo al profesor ASECIO MELLADO el proceso penal es el medio que asegura el descubrimiento de la verdad, es limitador de derechos y garantías, de su respeto por el Estado. De esta forma, el objetivo del proceso penal moderno es descubrir y declarar la verdad de los hechos para, imponer al culpable las sanciones que correspondan y dar la correspondiente satisfacción material a los perjudicados. *“Busca el hallazgo de la verdad, la condena del auténtico culpable y la absolución del inocente.”* *“Es un método cuya finalidad esencial reside en el hallazgo de la verdad sobre unos hechos pasados y su autoría para, sobre su base, ejercitar el ius puniendi estatal.”*⁵⁷³

Todo lo cual, sabemos que mediante la prueba se busca alcanzar la certeza de un acto o la verdad de una afirmación, demostrar lo que está en duda en el proceso, como se expondrá en el próximo capítulo. Aquí nos parece que hemos de poner de relieve que el Estado recurra a un medio de investigación con el que recurre a la ocultación, sigilo y a la mentira para poder alcanzar el objetivo del proceso penal: la verdad material, por ello este principio del proceso penal se ve limitado, afectado por la antítesis del agente encubierto, al materializarse en una persona, la del agente policía.

puede autorizar que se publiquen distintas de las diligencias sumariales como: prisión provisional u otras medidas cautelares, autos de procesamiento, la identidad de los investigados y/o detenidos y los motivos de su imputación, presuntos delitos por los que se sigue el procedimiento etc... así es hoy en día porque la sociedad tiene interés en los procesos penales, algo que no deja de ser un tanto contradictorio con el 301 LECrim como considera el profesor GONZÁLEZ MONTES, J.L., *“La justicia en el siglo XXI”*, Discurso de apertura Universidad de Granada, curso académico 2010-2011, p.64, a cuya opinión nos sumamos.

⁵⁷² Prólogo de FERRAJOLI, L., a GUZMÁN N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ed. Didot, 2018, p.11

⁵⁷³ ASECIO MELLADO, J.M., *“El proceso penal con todas las garantías”*, op. cit... pp.236 y 239.

3.3.3. El respeto de los derechos y garantías de los investigados durante la instrucción

En todos los procesos penales, en los que nacen para tratar de enjuiciar los ilícitos que son investigados por agentes encubiertos, se deben respetar unos derechos y garantías, para asegurar un proceso seguro y justo tanto para los sujetos que son investigados como para el propio funcionario policía que hace de agente encubierto. En este apartado pretendemos poner de relieve específicamente los derechos y las garantías procesales tanto de los investigados como de los agentes encubiertos que deben ser respetadas y que, en algunas ocasiones, dadas las características tan especiales de la medida de investigación ante la que nos encontramos, pueden verse matizadas en favor a la investigación.

En todos los procesos penales equilibrados y justos, el enjuiciado cuenta con unas garantías penales, derivadas del principio de legalidad: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional, cuenta con unas garantías durante su detención⁵⁷⁴ y por supuesto, con unas garantías procesales inherentes a todo proceso: las más básicas presentes en todos los procesos penales celebrados en un Estado democrático, como son, el derecho a un Juez predeterminado por la Ley, derecho a defenderse, a que el proceso sea público, a un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto a la presunción de inocencia. Así como las derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva art.24 CE.

Queremos centrarnos en este apartado en los derechos y garantías tanto del investigado como del agente encubierto que tienen especial protagonismo, en el momento procesal de la investigación, dadas las características y la naturaleza especial de las investigaciones encubiertas que pueden verse limitados o matizados en favor a la investigación:

⁵⁷⁴ Si ésta tuviere lugar. Garantías en cuanto a los sujetos que pueden llevarla a cabo, la forma en que ha de practicarse, el lugar en el que deben quedar reclusos, el plazo o la duración de la detención así como su derecho a solicitar el Habeas Corpus.

Derechos y garantías del investigado que podrían verse limitados o afectados por el agente encubierto

Derecho a la intimidad art. 18.1 CE⁵⁷⁵. El derecho a la protección de datos art. 18.2 y 4 CE y a la autodeterminación informativa y libre desarrollo de la personalidad art.18.4 CE

Estos derechos son limitados, afectados por las actuaciones de la policía, por las actuaciones del futuro agente encubierto que aún no cuenta con autorización judicial en esos primeros contactos con la organización criminal, con el objeto de obtener indicios fundados de criminalidad que motiven el oficio policial en el que se solicita la autorización para la actividad encubierta al Fiscal o al Juez de Instrucción, sin embargo dichas actuaciones, recordemos aún sin autorización judicial o fiscal se encuentran amparadas en el derecho de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente que tiene la policía art. 126 CE, como ya expusimos en apartados anteriores de esta tesis, por ello no llegarían a ser vulnerados o violentados por el agente pero sí que limitados o matizados en favor a la investigación. En este punto debemos recordar la doctrina que sigue nuestro TC, porque el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que, dicha limitación esté fundada *“en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”*⁵⁷⁶ como aquí ocurre, no se estarían produciendo *“injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales”*⁵⁷⁷

Pero sí que debemos afirmar que, las investigaciones del agente encubierto aun contando con la preceptiva autorización judicial o fiscal, afectan, limitan y suponen una intromisión concertada y recordemos, autorizada, de dichos derechos. Expongamos algunas situaciones producto de la actividad investigadora que lleva a cabo el agente encubierto en los que estos derechos de los investigados, especialmente, pueden verse afectados o limitados en favor del impulso de la instrucción penal y preparación del juicio oral:

- El agente encubierto se adentra en la organización criminal y se gana la confianza de los miembros de la misma, trata de ganarse la confianza de los miembros de la

⁵⁷⁵ A la luz de la STC 170/2013 de 13 de octubre tenemos que *"lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada"* (STC 159/2009, de 29 de junio; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre; y 93/2013, de 23 de abril).

⁵⁷⁶ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

⁵⁷⁷ Como ya establecía el TC desde el año 84 y podemos ver en la STC 110/1984, de 26 de noviembre.

organización criminal que considere más permeables. Cuando haya conseguido su infiltración plena, es decir, cuando se haya ganado la confianza de algunos miembros de la organización criminal, éstos en el desarrollo de su vida cotidiana a la que podrá asistir el agente de policía pueden revelar datos sobre sus vidas que quizá no sean relevantes para la investigación, por ejemplo, infidelidades u otras informaciones que sí que serán importantes cuando se les juzgue, como adicciones tales como el alcoholismo o consumo habitual de otras sustancias estupefacientes, también cuestiones relativas a su salud física o mental, pero en definitiva, todas ellas cuestiones privadas e íntimas.

Una vez autorizada la operación encubierta no se vulneraría este derecho, la actividad del agente encubierto sin excesos, no entraña la vulneración del derecho a la intimidad de los investigados. La STS 503/2021, de 10 de junio determina que *“...lo llevado a cabo por el agente sin excesos no puede suponer en modo alguno invasión del derecho a la intimidad por conectarse el agente con la privacidad del recurrente, pero ello lo es no por actuación propia y privada del funcionario, sino por mandato habilitante del Fiscal al entrar en su ámbito de relaciones que, obviamente, puede cruzarse con el conocimiento de datos propios, o relaciones con su entorno personal, que pertenezcan a la esfera de su intimidad, pero que por esta validación del Fiscal elude la esfera de la afectación constitucional que predica el recurrente... El conflicto de la posible afectación de la intimidad ha sido desecho y destruido por la validación de intervención del Fiscal, y previa ponderación de los intereses en juego y la permisividad ex lege, art.282 bis LECrim para conseguir el buen fin de la investigación policial en la persecución de los hechos delictivos, no pudiendo el recurrente pretender sostener el derecho a la privacidad cuando ha sido detectada su actuación ilícita penal y autorizada la intervención policial mediante el dictado del Decreto del Fiscal...”*. Así, la actuación del agente encubierto siempre que se encuentre autorizada por el Juez o Fiscal y sea proporcional no vulneraría o violentaría el derecho a la intimidad, porque está autorizado para realizar la operación encubierta pero sí que limita y afecta a dicho derecho fundamental a la intimidad.

Además, tenemos que tener en cuenta que el agente encubierto es un profesional y que solamente se pondrán de relieve los datos cuando tengan cierto interés para la investigación de los delitos que se está llevando a cabo, o que si el mismo, decide poner de manifiesto otras informaciones que obtenga, el agente de cobertura o enlace, el equipo de investigación así como la Unidad de Agentes encubiertos canalizará

dicha información y se reflejará en las actas que se envíen al Juez de Instrucción las que contengan información que pueda resultar relevante para impulsar la instrucción, es decir que nutran la investigación. Además, como ya expusimos, existen informaciones que serán conocidas únicamente por el agente encubierto, el agente de cobertura o enlace, el equipo de investigación y la Unidad de Agentes Encubiertos así como por la autoridad judicial competente. No se van a revelar las informaciones personales e íntimas sobre los investigados sin relevancia para la causa y solo en caso de que estimase que podrían ser útiles para la investigación, se revelarían a las partes.

- Nos gustaría resaltar especialmente que se pueden violentar, vulnerar dichos derechos cuando el agente encubierto en el transcurso de su infiltración obtenga **información amparada por un privilegio legal de confidencialidad**, como sucede con las comunicaciones abogado-cliente, o con la información sobre la salud física o mental, la información contenida en el historial médico de los investigados. Y lo mismo ocurriría con las comunicaciones mantenidas entre los investigados y una autoridad religiosa, así, consideramos que bordearía la vulneración de dichos derechos cuando los investigados cuenten al funcionario policía las conversaciones que hayan podido tener con sus abogados o si el agente encubierto los acompaña a entrevistarse con los mismos. La actual legislación española no prevé un régimen de secreto especial sobre estas comunicaciones, no se establece un especial cuidado con las mismas y por ello pensamos que podría vulnerar estos derechos.

En la actualidad no existe ninguna previsión legislativa, reglamentaria o estatutaria⁵⁷⁸ sobre estas situaciones que ponemos de manifiesto, sobre el conocimiento del agente encubierto y el uso en el proceso de esas informaciones que se encuentran amparadas por un privilegio legal de confidencialidad, nos parece que requieren de una mención especial porque algunas de ellas sí que podrían ser relevantes en el proceso penal y suponen una mayor matización, limitación de la intimidad de los investigados a pesar de que el agente encubierto cuente con autorización judicial para la infiltración y otra autorización judicial por afectar a derechos fundamentales.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Sencillamente porque no existe una reglamentación pública de las operaciones encubiertas en España ni un estatuto público del agente encubierto.

⁵⁷⁹ Art. 282 BIS LECrim apartado 3.

- Por otra parte, debemos resaltar que en las operaciones encubiertas es muy habitual que el equipo de investigación coloque **balizas de seguimiento** en los vehículos de los investigados, cuando se pretenda tal actuación por la policía judicial se deberá solicitar de manera motivada al Juez de Instrucción, en virtud del art. 588 quinquies b) LECrim para no violentar el derecho a la intimidad y la libertad de movimiento de los sospechosos.

Aquí se plantea el debate de si es necesaria o no dicha autorización para colocar este tipo de instrumento de investigación en el vehículo del propio agente encubierto. Nosotros consideramos que, a la luz de la legislación vigente art.282 BIS LECrim apartado 3 sí que se debería solicitar la misma, aunque podamos verla imbuida en la primera de las autorizaciones judiciales: en la que se autoriza la infiltración, es decir, aunque la lógica nos invite a pensar que el equipo de investigación va a poner los medios necesarios para seguir al agente encubierto, por su seguridad y en pos a la investigación, porque el agente encubierto sabe y consiente que va a estar controlado, parece que el legislador no lo entiende de igual forma y requiere de otra autorización más para que dicha actividad sea legítima, legal y para que los resultados que arroje la misma puedan ser válidos en el proceso penal. Pero la doctrina y la jurisprudencia están divididas, ORTIZ PRADILLO⁵⁸⁰ se expresa en nuestra misma línea, determinando que es necesario solicitar la autorización judicial porque sin la misma, sin la validación del Juez de Instrucción los datos, los indicios, las pruebas que se obtengan no podrán valer como prueba, en cambio CONDE-PUMPIDO GARCÍA⁵⁸¹ argumenta que la baliza de seguimiento del vehículo del agente encubierto obedece a criterios de seguridad, por lo que no limita ninguno de sus derechos y no es necesario que lo autorice el Juez de Instrucción.

Por todo ello, que no existe un criterio uniforme en cuanto a estas actuaciones porque además el art. 588 quinquies LECrim permite que se instalen sin autorización judicial cuando medien razones de urgencia, también por la propia voluntariedad emprender operaciones encubiertas.

⁵⁸⁰ ORTIZ PRADILLO, J.C., ``Dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en el proceso penal'', en *Curso de formación continua de jueces y magistrados. Diligencias de investigación tecnológica, Cuadernos Digitales de Formación*, número 1, 2018, p.32.

⁵⁸¹ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., ``El agente encubierto en la legislación española'', *op. cit...* pp. 18-19.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio art.18.2⁵⁸²

A la luz del actual art. 282 BIS LECrim además de la autorización inicial de la infiltración policial prevista en el apartado primero del art. 282 BIS LECrim cuando el agente encubierto deba entrar en un domicilio debe de solicitar al órgano judicial competente que de nuevo lo autorice, para no vulnerar o violentar este derecho fundamental. Con ello, el legislador hace que ese engaño inicial que autoriza no suponga una cobertura genérica a todo tipo de actuaciones del agente encubierto porque cuando el agente encubierto crea que, con sus actuaciones, pueda afectar a algún otro derecho fundamental, debe solicitar de nuevo autorización para actuar en dicha situación. Y esto, a pesar de que nuestro TC establezca que no se violentaría este derecho cuando *“exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”*⁵⁸³

Así, en la LECrim encontramos la necesidad de una doble autorización que de forma expresa prevé el legislador en el art. 282 BIS⁵⁸⁴ pero es que además, el apartado séptimo del mismo artículo prevé otra autorización judicial cuando el agente encubierto pretenda obtener imágenes así como la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, cuando se desarrollen en el interior de un domicilio. El análisis del artículo hace que entendamos que, en ocasiones, el Juez de Instrucción deba dirimir si autorizar o no tales actuaciones y dictarlas, así como que la Unidad de agentes encubiertos y/o el equipo de investigación que opere dicha infiltración deba motivar tres oficios distintos...⁵⁸⁵ es cierto que el legislador lo prevé con

⁵⁸² GUZMÁN FLUJÁ, V., “El agente encubierto y las garantías del proceso penal” *op. cit...* p.18 dice textualmente *“dictado el mandamiento judicial de entrada y registro, hay problemas para su cumplimiento por parte del agente encubierto si lo va a realizar en persona (arriesga que se descubra su verdadera identidad, pero sobre todo, no tendría sentido que se cumplieran las formalidades legales de presencia del juez, del secretario judicial, testigos, en su caso, comunicación de la entrada y registro al inculcado para que pueda estar presente, algo a lo que tiene derecho, etc.). Si no se cumplen estas previsiones legales, es evidente que las informaciones y fuentes de prueba obtenidas no están amparadas por el cumplimiento de las garantías procesales y por ello serán inutilizables (aplicación de la doctrina de la prueba prohibida). Si el agente encubierto es protagonista directo de la práctica de la entrada y registro, cumplir con la ley supondrá muy probablemente que sea descubierta su identidad real, y no cumplir con la ley significa que la investigación no sirve para nada. En este contexto, parece claro que el agente encubierto sirve para obtener información sobre qué diligencias de investigación y con qué objeto serían necesarias, pero su práctica debe corresponder a otros funcionarios distintos. La cuestión está entonces en saber qué cobertura legal puede tener la información previa proporcionada por el agente encubierto.”*

⁵⁸³ STC 83/2002, de 22 de abril.

⁵⁸⁴ En su apartado tercero: Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

⁵⁸⁵ A saber: un oficio para que se autorice el agente encubierto en virtud del art. 282 BIS apartado primero, otro oficio porque puede ser vulnerado un derecho fundamental art. 282 BIS apartado tercero y otro oficio

la mejor intención de asegurar tanto los derechos fundamentales de los investigados como todo aquel material probatorio que se pueda extraer de esas actuaciones del agente encubierto, pero nos parece, como ya hemos expresado en otros apartados, que en la vida real la infiltración policial requiere de decisiones y actuaciones sobrevenidas que se alejan de poder dar lugar a la obtención de estas tres autorizaciones judiciales.

Hay que señalar que existe un debate doctrinal muy vivo en cuanto a la entrada en el domicilio de los investigados por el agente encubierto, cuando el propio investigado los invita a entrar, porque éstos prestan su consentimiento de manera ``viciada'', con el convencimiento de que el agente encubierto es quien dice ser, en el marco de esa relación de confianza que han creado.⁵⁸⁶

El debate hoy sigue y radica en, dada la invitación del investigado al agente policía, si éste debe volver a solicitar autorización judicial para entrar en dicho domicilio al que ha sido invitado a pasar o no, si se vulneraría el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio art. 18.4 CE aun contando con invitación del investigado, porque en las investigaciones realizadas con agente encubierto éste lo haría ``engañado'', sin saber que en verdad se trata de un agente de policía a quien nunca haría tal proposición. Autores como CABEZUDO BAJO, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, DEL POZO PÉREZ, DELGADO MARTÍN⁵⁸⁷ consideran que el agente encubierto debe solicitar autorización judicial pues, de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio siendo ilícitas todas las pruebas que obtenga el agente encubierto en dicho encuentro. Sin embargo, autores como GASCÓN INCHAUSTI, GUARIGLIA, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS o PERALS CALLEJA⁵⁸⁸

porque se pretende obtener imágenes y/o grabar las conversaciones que acontezcan dentro del domicilio del investigado art. 282 BIS apartado séptimo.

⁵⁸⁶ Art.282 BIS LECrim apartados tres y siete.

⁵⁸⁷ CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ed. Iustel, Madrid, 2004, p.86, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., ``El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional'', en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Dirs. Serrano-Piedecabras, J. R., Demetrio Crespo, E., ed. Iustel, Madrid, 2010, p.5. Que incluso establece que el agente encubierto podría incurrir en responsabilidad penal, pues determina expresamente ``las calificadas como entradas domiciliarias por invitación han de reputarse inconstitucionales y, lo que parece más importante, el agente incurre en responsabilidad penal art. 534 CP'', DEL POZO PÉREZ, M., ``El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española'', en *Criterio Jurídico*, número 6, 2006, pp. 267-310 y DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp.67-68. Sin embargo este autor opina que de estas actuaciones no nacería responsabilidad penal del agente encubierto en virtud del art. 282 BIS 5 apartado primero, con el que estamos de acuerdo.

⁵⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit.,...pp.237 y ss, GUARIGLIA, F., ``El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?'', en *Jueces para la democracia, Información y Debate*, número 23, 1994, pp.50 y ss, ZAFRA ESPINOSA DE LOS

consideran que en la primera autorización judicial en la que se autoriza la operación encubierta se debería entender también autorizada dicha entrada del agente encubierto a un lugar privado cuando le invitan. Ésta última es la postura que nosotros también apoyamos, pero la realidad es que hoy en día, parece que para cumplir con lo regulado por el art. 282 BIS LECrim, cuando el agente encubierto es invitado a acceder a un domicilio o lugar privado, éste debe refutar dicha invitación de la forma que considere menos violenta posible⁵⁸⁹ para poder solicitar la autorización que prevé el art.282 BIS apartado tres, con el fin de no violentar ningún derecho fundamental con su entrada y, solicitar otra autorización judicial si pretende grabar las conversaciones que puedan acontecer u obtener imágenes lo que a la luz del actual art. 282 BIS LECrim supondría, como venimos exponiendo, tres autorizaciones judiciales para una sola actuación del funcionario policía.

A nivel jurisprudencial, por supuesto se ha tenido en cuenta esta diatriba, de hecho, el propio TS ha establecido en su sentencia 575/2013, de 28 de junio *“la necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un conocimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable”*. También, podemos apreciar en sentencias del TS más recientes como la 671/2018, de 19 de diciembre que el agente encubierto accede a un lugar privado sin volver a solicitar autorización judicial, es decir mediando solamente la autorización judicial inicial y la invitación expresa del investigado, en la misma no se estima que se haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio art.18.2 CE, exponiendo el tribunal que se ha generado la confianza suficiente para obtener el consentimiento del investigado y que el agente encubierto está habilitado legalmente para *“hacer creer que no ejercería la función propia de un agente de la guardia civil”* y añade también *“es evidente que la autorización judicial era innecesaria pues no existe*

MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit...p. 198 para esta autora prima el consentimiento prestado por el titular, como expresa el TC en su jurisprudencia sobre este derecho fundamental, y porque *“el vicio que supone el engaño, es permitido por los órganos de persecución penal”* y PERALS CALLEJA, J., *“El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia”*, *Curso de formación continua de fiscales. Tráfico de drogas. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2014, p. 16.

⁵⁸⁹ Algo que en muchos casos no es posible, como podemos observar en la SAN 31/2016, de 27 de julio.

violación de domicilio cuando el titular autoriza la entrada en el mismo y subsiguiente percepción de lo que alberga en su interior''.

Expuesto lo cual, consideramos que lo más práctico y garantista sería que en un mismo oficio la policía judicial motive la autorización de entrada en el domicilio de los investigados así como la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.⁵⁹⁰ Lo observamos como una consecuencia de la infiltración que puede acontecer en cualquier momento, además el agente encubierto en dicho momento no va a protagonizar un registro del lugar privado al que le inviten a pasar, de nuevo nosotros pensamos en una actividad inocua y proporcional del policía cuando le inviten a entrar y si esto es así, negarse para esperar la autorización judicial, puede levantar sospechas y poner en peligro no solo la investigación sino la vida del agente encubierto. Lo ideal sería que el Juez de Instrucción en el auto que autorice la infiltración policial autorice también la entrada en el domicilio individualizándolo a la luz del plan de la operación encubierta que le entrega la policía judicial cuando interesa esta medida de investigación, de esta forma no sería una habilitación genérica a cualquier domicilio, ni perpetua⁵⁹¹ del derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio y el agente encubierto no estaría protagonizando la ejecución de una prueba preconstituída de entrada y registro domiciliaria, sino una actividad cotidiana de su infiltración y por todo ello, las pruebas recabadas en dicho encuentro deben ser válidas y tener valor probatorio. Si la autorización de la realiza el Ministerio Fiscal, como es de proceder, se da cuenta inmediata al Juez de Instrucción y éste debería de protagonizar las actividades descritas.

⁵⁹⁰ Como se prevé en el ordenamiento jurídico Alemán, en el art.110 letras c y d de la ordenación penal procesal (StPO) alemana, que establece que los investigadores de incógnito pueden entrar en un domicilio bajo la utilización de su título y con el consentimiento de sus propietarios. Además, la doctrina alemana entiende que la información que obtenga el agente encubierto con dichos ingresos en el domicilio del sospechoso previo consentimiento de éste se producen al amparo del engaño, de esa identidad supuesta, ocultando la verdadera identidad, pero que dicha información dejaría de tener valor si se utilizan otros engaños añadidos. Como explica GUARIGLIA, F., ``El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?'' *Revista Ciencias Penales*, número 12, 1996, pp.49-60.

⁵⁹¹ Porque se concretarían los domicilios de los investigado o las sedes de la organización criminal en los que es, más que probable que el agente encubierto tarde o temprano sea invitado a entrar, de esta forma se salvarían los temores de autores como DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., ``Algunas cuestiones procesales, especialmente en la fase de instrucción'', *op. cit...* p. 7 que expresan que ``No es admisible en nuestro sistema una autorización tan extensa que permita de futuro la entrada de un agente en cualquier domicilio''.

Por último, hemos de tener en cuenta que el legislador del anteproyecto de LECrim del 2020, en su art. 505 especifica que *“...el agente encubierto podrá entrar en el domicilio de la persona investigada con el consentimiento de su titular, aunque haya sido prestado con desconocimiento de su condición de agente de la autoridad”*, por lo que, de esta forma, resuelve los interrogantes antes planteados que ralentizan la operación encubierta y la convierten en más insegura. Gracias a esa especificación legal el agente encubierto previsto en el anteproyecto de LECrim 2020 no debería volver a solicitar autorización legal para entrar en el domicilio del investigado siempre que medie su consentimiento, a pesar de ser viciado a propósito. Coincidiendo con nuestro punto de vista.

El secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE

Dado que el mundo de las comunicaciones ha avanzado tanto y tan rápido en los últimos años, es necesario apuntar, antes de comenzar a describir las actuaciones que puede llevar a cabo el agente encubierto que lo limitan y matizan y las que podrían vulnerar este derecho, especificar que nos referimos al secreto en todo tipo de comunicación: oral o escrita y transmitida a través de cualquier medio: telefónico⁵⁹², e-mail, vía correo postal. Además, hoy en día y más que nunca, está todo informatizado, las comunicaciones telemáticas entre el agente encubierto y los investigados acontecerán de un momento a otro.

Sobre la cuestión que nos ocupa hemos de tener en cuenta especialmente varios apartados del art. 282 BIS LECrim: de nuevo el tercero *“3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. Y el séptimo que establece “En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación*

⁵⁹² Y aquí especialmente incluimos cualquier aplicación de mensajería instantánea o red social en la que se puedan mantener conversaciones, como por ejemplo: Telegram, Instagram, Twitter, Wallapop y un larguísimo etcétera.

*de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.*⁵⁹³

Veamos los casos en que se podría ver limitado o afectado este derecho fundamental por las actuaciones del agente encubierto, para ello, hemos de diferenciar las comunicaciones en que el agente encubierto forma parte de las mismas, es un interlocutor, de aquellas en las que no es parte:

a) Si el agente interviene en la propia conversación, es parte de la misma, como puede suceder cuando:

a.1. El agente encubierto acude a una reunión concertada con los investigados portando micros y/o cámaras, grabando sonido y/o imagen.

a.2. El agente encubierto acude a una reunión no concertada con los investigados portando micros y/o cámaras, grabando sonido y/o imagen.

a.3. El agente encubierto mantiene conversaciones a través de cualquier medio telemático con los investigados, que graba o fotografía. Ya sea conversaciones telefónicas, correos, bandeja de borradores, redes sociales: chats privados (canales cerrados de comunicación).

Analicemos estas situaciones, en primer lugar, en virtud de los actuales criterios jurisprudenciales entorno a la vulneración del secreto de las comunicaciones⁵⁹⁴ el agente

⁵⁹³ Porque del apartado sexto ``6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados'' lo trataremos de manera específica en el capítulo dedicado al agente encubierto virtual.

⁵⁹⁴ Por todas, la STC 114/1984, de 29 de septiembre que fija dicho criterio, en su fundamento jurídico séptimo, determina que ``sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma'', por ello "no hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón de cuál fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental)".

encubierto no vulneraría dicho derecho de los investigados si grabase las conversaciones que mantiene con los sospechosos o acusados, porque no supone una intervención en una conversación de terceros porque es el propio agente encubierto el que conversa (a través de cualquier vía y en las situaciones nombradas) con el/los investigados, en palabras del propio TC *“quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución ; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”*.⁵⁹⁵ Porque recordemos que ha obtenido autorización judicial para actuar bajo identidad falsa en una organización criminal como agente encubierto, de forma que también queda salvado el *“engaño de los investigados”*.

a.1. Pues bien, si el agente encubierto acude a una reunión concertada con los investigados portando micros y/o cámaras, a la luz de los actuales criterios jurisprudenciales no vulneraría el secreto de las comunicaciones, porque el propio agente encubierto es interviniente en las mismas, participa en ellas, a él también se dirigen las conversaciones que tuvieren lugar, por cuanto se ha producido la infiltración. Lo podemos observar en jurisprudencia reciente sobre operaciones encubiertas como la STS 104/2019, de 27 de febrero en la que el agente encubierto graba las conversaciones que tiene en las reuniones a las que asiste con los investigados, el tribunal expone *“es evidente que la grabación de las conversaciones que él mismo tiene no suponen una vulneración del secreto de las conversaciones porque se trata de conversaciones en las que él mismo participa”*. Además, el alto tribunal también añade *“la prueba no es el contenido de la grabación, sino la declaración en el plenario del agente policial que es lo que constituye prueba de cargo”*.

Pero hemos de tener en cuenta que el art. 282 BIS LECrim establece la obligación de que el agente encubierto solicite autorización judicial para poder obtener imágenes y grabar las conversaciones que vayan a tener lugar en esos encuentros previstos, concertados cuando se desarrollen en espacios privados. En virtud de la regulación actual, art. 282 BIS LECrim apartado séptimo se vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones art.18.3 CE en caso de que el agente encubierto portase mecanismos de

Algo que también podemos apreciar en jurisprudencia reciente del TS como la STS 671/2018, de 19 de diciembre que dice expresamente *“quien accede es uno de los intervinientes, lo que le sitúa fuera del ámbito de protección del artículo 18.3 CE”*, en la que además *“dicha investigación supuso documentar los mensajes que el recurrente enviaba al agente encubierto”* porque habían acordado comunicarse a través de un teléfono móvil.

⁵⁹⁵ De nuevo, STC 114/1984, de 29 de septiembre.

escucha ambientales y/o grabase la imagen y el sonido en esos encuentros previstos que tiene con los investigados sin haber obtenido previamente autorización judicial para ello.⁵⁹⁶ Debería solicitar la autorización judicial prevista en el apartado séptimo del art. 282 BIS LECrim, a pesar de que ello ralentice la investigación y sea propio de un excesivo garantismo. Nosotros pensamos que primera de las autorizaciones judiciales, en la que se autoriza la operación encubierta abarcaría esta actuación porque la situación expuesta: que se tenga que solicitar otra autorización judicial cuando el agente encubierto pretenda obtener imágenes y/o grabar las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, siendo por tanto, parte de la conversación el agente encubierto no es coherente con los criterios jurisprudenciales actuales sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE.

a.2. Si el agente encubierto acude a un encuentro o reunión no prevista con los investigados grabando la imagen y/o sonido, las conversaciones que tengan lugar en la misma, tampoco, en virtud de los actuales criterios jurisprudenciales expuestos supra se estaría vulnerando dicho secreto, precisamente se pone de relieve esto. Porque en el devenir cotidiano de la operación el agente encubierto concertará reuniones con los investigados o bien será invitado a los encuentros que tenga la organización criminal⁵⁹⁷. Pero en este caso, el agente encubierto debería solicitar la autorización judicial prevista en el apartado tercero del art. 282 BIS para no vulnerar ningún derecho fundamental de los investigados, sobre todo para evitar posibles reproches en esta actividad del agente encubierto siempre que no obste al curso de la investigación y no suponga un riesgo para la seguridad del agente encubierto.

Expuestas las dos anteriores situaciones, en las que se podría vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones con las actuaciones del agente encubierto de no realizarse de la forma descrita, no creemos que se pueda o se deba prescindir en las operaciones encubiertas de tales grabaciones de sonido y/o imagen. En primer lugar, porque el propio agente encubierto las vive en primera persona y porque generan riesgos, en cuanto al proceso, como hemos visto, y también sobre la persona del agente encubierto porque alguno de los investigados puede darse cuenta de que el agente encubierto está realizando

⁵⁹⁶ Las defensas argumentarían que estas actuaciones también dañan el derecho a la intimidad, el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, el derecho a la presunción de inocencia.

⁵⁹⁷ Dando lugar además, a que se incumpla lo previsto en el art. 588 QUARTER LECrim que obliga a realizar *“una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigador que van a ser sometidos a vigilancia”*.

tales actuaciones⁵⁹⁸. En segundo, lugar porque en operaciones encubiertas de larga duración, como son la mayoría, para el agente encubierto es muy difícil recordar todas las conversaciones, todos los componentes que asistieron a las reuniones que tuvieron lugar al principio de la misma⁵⁹⁹ y quizá el agente encubierto no tenga tiempo de plasmar en las actas todo lo acontecido en las mismas o narrarlo al agente de cobertura... quizá sea la opción menos peligrosa posible, aunque existan controversias.

a.3. Por otra parte, si los miembros de la organización criminal autorizan al agente encubierto a acceder a sus conversaciones telemáticas, es decir, lo hacen partícipe, dirigen al agente encubierto conversaciones y el agente encubierto las graba ya sean conversaciones telefónicas, correos electrónicos, acceder a una cuenta de correo en el que dejan mensajes guardados en la carpeta de borradores, conversaciones mantenidas en redes sociales: chats (canales cerrados de comunicación), de nuevo el propio agente encubierto forma parte de las mismas y estaría amparado por la doctrina jurisprudencial. Lo podemos ver en la STS 277/2016, de 6 de abril en la que el agente encubierto accede a la cuenta de correo electrónico del investigado, en la misma el Tribunal dice expresamente *“La afectación del derecho al secreto de las comunicaciones era, por otra parte, casi insignificante...El padecimiento del derecho fundamental sería nimio. Un sacrificio de la intimidad muy liviano frente a la posibilidad de dismantelar un grupo dedicado a aportar cocaína...”* pero como hemos expuesto supra también debería solicitar la autorización judicial prevista en el apartado tercero del art. 282 BIS de nuevo para evitar posibles reproches en su actuación, y en caso de ser canales cerrados de comunicación, la autorización prevista en el apartado sexto del mismo artículo.

A la luz de lo expuesto, y de lo aportado en los anteriores análisis de los derechos que se podrían vulnerar por el agente encubierto, nosotros abogamos porque sea en la primera autorización judicial en la que se solicite grabar sonido y/o imágenes por el agente encubierto, porque en el plan de la operación encubierta al igual que se pueden incluir los domicilios de los investigados o los espacios privados en los que se conoce que se reúne la organización criminal también se pueden establecer los medios de comunicación que suelen utilizar los investigados, sus teléfonos móviles, sus redes

⁵⁹⁸ A pesar de que la tecnología haya avanzado muchísimo en cuanto a dispositivos, si son muchos los encuentros o son muy espontáneos el agente encubierto puede ser descubierto.

⁵⁹⁹ Así la STEDH de 24 de julio de 2014, caso Lagutin y otros versus Rusia, números 6228/09, 19678/07 52340/08, 7451/09, y 19123/09 además establece que la grabación en vídeo *“también garantiza una revisión reforzada por parte del juez y las partes de la legalidad y fiabilidad de las pruebas reunidas.”*

sociales etc... Consideramos que lo más adecuado y eficaz sería que el Juez de Instrucción cuando autorice la operación encubierta también autorice la grabación de los encuentros durante un concreto periodo de tiempo, de la misma forma en que la policía judicial interese que se autoricen las grabaciones durante un lapso temporal.

Aun así, como sabemos que en algunos casos se pueden celebrar encuentros o reuniones en lugares que no eran de prever por la policía judicial. Es un riesgo necesario y proporcional, además pensamos que cuando la policía judicial interese la operación encubierta el Juez de Instrucción en su resolución debería autorizar dichas grabaciones especificando el tiempo por el que las autoriza, donde lo más coherente sería que se mantuviera durante toda la operación encubierta, es decir seis meses. Todo ello para respetar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE con las actuaciones del agente encubierto.

Concluimos pensando que si las grabaciones de las comunicaciones telemáticas no son autorizadas por el Juez de Instrucción nada obstaría a su utilización en el proceso, a constituir prueba y que el juez las tuviese en cuenta cuando deba dictar sentencia porque con tal intervención no se llegaría a vulnerar, a violentar el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. Este es el criterio que se sigue jurisprudencialmente, a pesar de las previsiones legales vigentes, como podemos observar en la STS 2081/2001, de 9 de noviembre donde se consideran válidas unas grabaciones del agente encubierto con un investigado sin haber sido previamente autorizado para ello, o más reciente aún la STS 171/2019, de 28 de marzo que dice expresamente *“...la grabación vendrá amparada por la autorización de la infiltración del agente encubierto”*, es decir que en la misma el tribunal considera que con la primera autorización que realice el Juez o Fiscal de la operación encubierta es suficiente y que con dichas grabaciones sin mediar autorización judicial previa no se vulneraría dicho derecho.

b) Si el agente encubierto no interviene en la propia conversación, no es parte en la misma, como puede suceder cuando:

b.1. El agente encubierto coloca micrófonos y/o cámaras en lugares privados donde tengan lugar las reuniones de la organización criminal.

b.2. El equipo investigador que apoya al agente encubierto interviene las comunicaciones del agente encubierto.

b.3. El agente encubierto o el equipo investigador interviene las comunicaciones de los investigados: Telefónicas, electrónicas: correos, bandeja de borradores, redes sociales: chats privados (canales cerrados de comunicación).

Expongamos estas situaciones:

b.1. La primera de ellas, que el agente coloque micros o cámaras en lugares privados donde se encuentren los miembros de la organización criminal, porque colocar micrófonos para grabar conversaciones indeterminadas de manera prospectiva está prohibido, en virtud del art. 588 QUARTER e) y porque tampoco podrían encajar en el art. 588 QUARTER a) LECrim. No está presente el agente encubierto, no formaría parte de dichas conversaciones que tuvieran lugar, se están grabando las conversaciones de otros y no con otros⁶⁰⁰, en dicho caso además de al secreto de las comunicaciones, también violentaría el derecho a la intimidad de los investigados. Sobre esta cuestión no existe previsión legal alguna, pero en nuestra opinión se trata de una actividad propia de la infiltración, que para que pueda dar sus resultados en el proceso, debería ir acompañada de la solicitud de la autorización judicial prevista en el art.282 BIS apartado 3 de la LECrim cuando se tenga la misma estos derechos se verían limitados, afectados pero no se estarían vulnerando.

b.2. En segundo lugar, el secreto de las comunicaciones podría ser violentado o vulnerado por la unidad o equipo de investigación de la operación encubierta si interviniese las comunicaciones del agente sin contar con autorización judicial. Expliquémoslo: normalmente, en las operaciones encubiertas la unidad de investigación suele solicitar al juez de Instrucción autorización para interceptar las comunicaciones telemáticas del agente encubierto con los miembros de la organización criminal, concretamente lo que se suele solicitar es intervenir el número de teléfono del agente encubierto a quien siguen para que tampoco puedan las defensas argumentar la ilicitud de esta prueba y su nulidad. Aun así, la jurisprudencia considera que tampoco se violentaría el secreto de las comunicaciones ni de los investigados ni del propio agente encubierto porque desde el principio conoce que sus comunicaciones pueden ser observadas por su equipo de investigación, a la luz de la STS 5/2009, de 8 de enero.

b.3. Y en tercer lugar, también puede ocurrir que el equipo investigador que apoya al agente encubierto en la infiltración intervenga las comunicaciones telemáticas de los

⁶⁰⁰ STS 90/2021, de 7 de octubre.

sospechosos: los teléfonos, los correos, las redes sociales (canales cerrados de comunicación), en este caso, toda la literatura consultada apunta que es imprescindible recabar la obligatoria autorización judicial antes de proceder. El objetivo del equipo de investigación con esto es obtener información que quizá no revele la organización criminal al agente encubierto. En este caso, estamos ante dos medidas de investigación utilizadas a la vez para investigar a los mismos sospechosos algo que, dada la gravedad de los delitos para los que puede ser autorizado el agente encubierto, no nos parece desproporcionado ni prospectivo porque se puede obtener de estas escuchas información distinta a la aportada por el agente encubierto y que también ayude en la continuación de la instrucción penal.

Además, el equipo investigador también puede colocar micros y/o cámaras en los lugares privados donde suele reunirse la organización criminal, normalmente en lugares en los que puede que el agente encubierto no sea invitado a entrar porque la organización criminal se muestre más hermética, la policía judicial integrante de dicha unidad de investigación debe solicitar autorización judicial para ello, porque no son parte de las conversaciones que allí tengan lugar.

El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable art. 24.2 CE y el derecho a la presunción de inocencia art.24 CE

Durante la infiltración, especialmente cuando sea total, es decir, la confianza en el agente encubierto exista, los investigados, en el transcurso de sus conversaciones podrían revelar al agente que han sido autores de algún ilícito y como es claro, y de acuerdo a la ficción creada para poder investigar, el policía no puede advertirle de este derecho, porque levantaría demasiadas sospechas.

A nuestro parecer, esas declaraciones realizadas por los investigados, en puridad, engañados por el Estado, no deben tener en el futuro el mismo valor probatorio que las realizadas en un interrogatorio en el que se respetan todos los derechos y garantías de los investigados, porque en este último caso el investigado sabe que tiene derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio y a mentir para salvar su inocencia, declarando en virtud de su libertad de conciencia y salvaguardando su libertad de autodeterminación. Creemos que tienen que tener menor peso probatorio incriminatorio para enervar la presunción de inocencia, y nos parece ajustado que

contribuyan a vencer la presunción de inocencia porque el agente encubierto actúa autorizado por el Juez o Fiscal y no busca activamente la confesión de los investigados al igual que ocurre en la prestación de declaraciones.⁶⁰¹

Sin embargo, hemos de tener en cuenta la forma en que se obtiene la información, es cierto que la actividad se desarrolla bajo una mentira, bajo la ficción de la falsa identidad del agente encubierto para lograr investigar delitos tan graves y que son muy difíciles de investigar donde el agente encubierto solo relata en las actas lo que ha vivido, lo que ha oído en el seno de la organización criminal, con esto queremos decir que el agente encubierto no somete a un interrogatorio al investigado, realizándole preguntas específicas sobre si ha cometido o no algún delito, sencillamente consiste en que los investigados se sienten cómodos con la presencia del agente, lo involucran en sus actividades cotidianas en las que tienen lugar conversaciones, y como el agente encubierto está actuando en un ambiente en el que existían serias y motivadas expectativas de criminalidad, de esas conversaciones libres, distendidas y voluntarias se extrae la comisión de delitos por los investigados. No se puede crear una atmósfera coercitiva, esto es: el agente encubierto no sonsaca información a los mismos, no realiza preguntas inquisitorias, capciosas o sugestivas y no les somete a un interrogatorio sin sus preceptivas garantías procesales a los investigados. El agente encubierto no dirige la conversación hacia los puntos que más interesan en la investigación sino que mantiene una posición pasiva recibiendo la información que el investigado quiera expresar, por estas razones debe tenerse en cuenta, porque de esta forma no se vulneraría el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable art. 24.2 CE ni el derecho a la presunción de inocencia art.24 CE.

En nuestra opinión, y como venimos exponiendo en esta tesis, algunos derechos se ven limitados y deben verse matizados o limitados en favor a la investigación de delitos tan graves pero dichos derechos no son vulnerados, porque se cuenta con autorización judicial previa para actuar, como acontecería con otras medidas de investigación muy aceptadas, asentadas y estudiadas de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas prevista en el art.588 TER LECrim, porque si autorizamos esta medida de investigación y posteriormente no podemos tener en cuenta lo que dicen los investigados se desvirtúa y se desaprovechan

⁶⁰¹ Porque, en puridad, la toma de declaraciones es una manifestación más del derecho de defensa y del respeto al principio de contradicción.

los esfuerzos de la policía judicial y en ambas se está escuchando a los investigados sin ser sometidos a un interrogatorio, sin que se les haga preguntas sino en sus conversaciones habituales, propias de sus actividades cotidianas, por ello, en ambas se puede descubrir que las mismas revisten apariencia delictiva, que han cometido delitos.

Lo expresado por los investigados ante el agente encubierto no es una declaración testifical al no contar con las prevenciones y la seguridad jurídica prevista para dicha declaración, por lo que no podría utilizarse como pruebas de cargo sobre las que articular una sentencia condenatoria. Pero, esas informaciones plasmadas en las actas así como la declaración del agente encubierto como testigo directo de dichas conversaciones sí que tienen que ser tenidas en cuenta, junto con otras pruebas con mayor peso probatorio para enervar la presunción de inocencia.⁶⁰² Estamos ante manifestaciones espontáneas hechas ante la herramienta de investigación, que siempre que tengan interés para la investigación nutrirán la instrucción y también permitirán que esta avance. La jurisprudencia del TS se inclina también hacia esta posición. Como ya podíamos apreciar en la STS 2081/2001, de 9 de noviembre que establece expresamente *“si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio, contenidas en la cinta en que se registró su conversación con los Agentes encubiertos, ...nos encontraríamos ante una ausencia de prueba.”*

Sin embargo, el plano doctrinal se encuentra totalmente fragmentado, en la actualidad existe un arduo debate sobre si la autoincriminación de los investigados delante del agente encubierto vulnera o no y en qué grado el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del art. 24.2 y el derecho a la presunción de inocencia del art.24 CE y por consiguiente son varios los criterios sobre el valor o peso probatorio que posteriormente el juez que dilucide la causa podrá aportarle. Expongamos sus posturas:

LAMARRE⁶⁰³ considera que cuando los investigados confiesen algún crimen en presencia del agente encubierto efectivamente se están vulnerando ambos derechos fundamentales y esto es motivo suficiente para que las incriminaciones de los investigados no puedan ser tenidas en cuenta como prueba, porque el agente encubierto

⁶⁰² Como podemos apreciar en la STS 178/2006, de 16 de febrero en la que el TS especifica *“...es patente que existe una esencial diferencia entre las declaraciones que, formalmente, puedan hacerse ante la Policía, debidamente documentadas y suscritas por el declarante, y el testimonio –como testigos de referencia- de los agentes encubiertos, al dar cuenta a la autoridad judicial de lo que hayan podido oír las personas investigadas”*

⁶⁰³ LAMARRE, F., *“Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia”*, en *Revista Lecciones y Ensayos*, número 88, 2010, p. 189.

no revela a los investigados en ningún momento su cargo ni les avisa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Además, a nadie se le puede exigir que considere la posibilidad de estar hablando con un agente encubierto.

PERALS CALLEJA, ZARAGOZA TEJADA y GUZMÁN FLUJÁ⁶⁰⁴ comparten la tesis de que no se vulnerarán tales derechos y dichas declaraciones podrán ser aceptadas como prueba cuando el investigado las realice de manera espontánea en un contexto en el que el agente encubierto solo se dedique a escuchar porque no habría una acción coactiva por parte del Estado para obtener dicha declaración. Todos coinciden en que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del art. 24.2 y el derecho a la presunción de inocencia del art.24 CE se vería vulnerado cuando las declaraciones atoincriminatorias fueran provocadas o dirigidas por el agente encubierto, porque en dicho caso el Estado pretendería obtener una confesión de los investigados sin asistirles de las debidas garantías procesales. No se puede provocar la conversación y dirigirla hacia los temas importantes para la instrucción.

PERALS CALLEJA⁶⁰⁵ también apunta que no podría tener valor probatorio a las declaraciones que realicen los investigados delante del agente encubierto cuando su voluntad se encuentre viciada: por el consumo de alcohol, drogas, se esté utilizando la violencia etc...) porque en dichos casos aunque el agente encubierto cuente con autorización para infiltrarse en la organización criminal y generar esos vínculos de confianza, el Estado sobrepasaría sus prerrogativas.

GASCÓN INCHAUSTI⁶⁰⁶ se aparta completamente de estas dos posturas y considera que las declaraciones autoinculpatórias de los investigados en presencia del agente encubierto sí que tienen valor probatorio y que no se vulnerarían los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del art. 24.2 y el derecho a la presunción de inocencia del art.24 CE porque las personas son responsables de sus declaraciones y ante quién las realiza, así si confesamos voluntariamente a alguien que hemos cometido un delito puede ser que esa persona nos traicione, esto es un riesgo que

⁶⁰⁴ PERALS CALLEJA, J. ``El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia'', *op. cit...* p. 20, ZARAGOZA TEJADA, J., ``El agente encubierto online. Aspectos legales y jurisprudenciales y problemas procesales originados en su práctica'', en *Curso de formación continua de jueces y magistrados, Cuadernos Digitales de Formación*, número 59, 2018, p.22 y GUZMÁN FLUJÁ, V., ``El agente encubierto y las garantías del proceso penal'' *op. cit...* p.20

⁶⁰⁵ PERALS CALLEJA, J. ``El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia'', *op. cit...* p.20.

⁶⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, *op. cit.,...* pp. 242-243.

todos los ciudadanos asumen aun confiando en dicha persona, por ello, comunicar hechos delictivos a quien finalmente resulta ser un agente encubierto es un riesgo al que todos los ciudadanos también estamos expuestos. Además, según este razonamiento, este autor considera que la narración de estas declaraciones en el juicio oral debe tener valor probatorio de prueba de cargo.

Por otra parte, GONZÁLEZ LÓPEZ⁶⁰⁷ considera que dichos derechos no se ven menoscabados porque el agente encubierto cuenta con autorización judicial o fiscal para actuar, por ello sí que deben tener valor probatorio, deben ser tenidas en cuenta por el órgano judicial que haya de dilucidar la causa y no serían nulas siempre que en dichas conversaciones no se haya recurrido a la violencia, a las amenazas o coacciones o a engaños distintos al propio de la infiltración.

A nivel jurisprudencial, más recientemente el TS⁶⁰⁸ ha sostenido la nulidad de las grabaciones realizadas por uno de los intervinientes en la conversación cuando su objetivo sea crear una prueba de cargo siempre que ya se ha iniciado la investigación penal, porque no se obtendría dicha prueba con las debidas garantías procesales que, una vez iniciada la fase instructora son predicables de la misma y que esa parte que aporta tales grabaciones podría haber interesado.

La STS 205/2022, de 8 de marzo, expresa la diferencia de forma muy ilustrativa cuando expone este ejemplo: *“no contestar a su pareja, a un amigo, a un familiar, sobre cualquier extremo acerca del cual se le interroga (u opta por omitir determinados hechos que pudieran hacerle aparecer como responsable frente a ellos de cualquier eventualidad), está ejerciendo, sí, su libertad individual; pero no hace uso de los derechos fundamentales a no declarar o a no confesarse culpable. Estos se predicen en el contexto de una investigación en el curso de la cual los agentes de la autoridad o la autoridad judicial, podrán requerir al individuo para que comparezca a prestar declaración o formularle, en su seno, preguntas cuyas respuestas pudieran perjudicarle.*

⁶⁰⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones”, *Revista del poder Judicial*, número 85, 2007, p. 19. En este mismo sentido también DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 56-57.

⁶⁰⁸ Como podemos apreciar en su STS 205/2022, de 8 de marzo en la que determina que se trata de una conversación provocada *“con la exclusiva finalidad de aportar su grabación como prueba en unas diligencias judiciales que ya estaban en curso, lo cual equivalía a construir una prueba personal para un proceso en trámite sin las garantías exigibles para la misma”*

Es aquí donde cobran vigencia los mencionados derechos a no declarar y a no confesarse culpable.''

En Italia, la doctrina mayoritaria considera que las confesiones que realizan los investigados al agente encubierto en el trascurso de sus investigaciones no son válidas, ni siquiera cuando surjan de manera espontánea.⁶⁰⁹ Además, el propio código procesal penal prohíbe en su art. 62 el testimonio del infiltrado sobre las declaraciones realizadas durante el proceso y expresamente establece en su art. 195 que un funcionario de policía no puede testificar sobre el contenido de las conversaciones que se desarrollaron durante su infiltración, por ocasionarse fuera del proceso. De esta forma, si analizamos los criterios jurisprudenciales italianos sobre este asunto, tenemos que la Corte de Casación considera que las operaciones con agente encubierto son extraprocedimentales y que por ello, los agentes de policía que hacen de agente encubierto *``son sujetos participantes en la acción y no actúan como oficiales de policía judicial con los poderes de autoridad''*.⁶¹⁰ Dichas declaraciones no tendrían valor probatorio cuando el agente encubierto es el destinatario de la conversación, cuando le cuentan los hechos que ocurrieron, confesando su culpabilidad al propio policía,⁶¹¹ ni cuando el agente encubierto estimule a los investigados a realizar dichas declaraciones, no puede provocar confidencias.

En definitiva, podemos decir que, en Italia, no se verían vulnerados estos derechos cuando se producen declaraciones inculpatórias delante del encubierto sin que éste haya incitado ni provocado las mismas y sin que sea el agente encubierto el destinatario de la conversación sino que simplemente alguno de los investigados en confianza delante de otras personas entre las que se encontraba el agente encubierto contó que había cometido un delito y por lo tanto podrían tener cierto valor probatorio en el proceso las declaraciones autoinculpatórias de los investigados recibidas por el agente encubierto con actitud pasiva, cuando el agente encubierto las escuche. Serían declaraciones de las que haya escuchado de forma ocasional.⁶¹²

⁶⁰⁹ A la luz de VICOLI, D., y VIRAL, M., *``La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal italiano'' op. cit...* pp. 149-150.

⁶¹⁰ Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 9 maggio 2013, n. 37085.

⁶¹¹ Sentenza Corte di Cassazione, Sezione IV, 24 aprile 1997, n. 5829 y Sentenza Corte di Cassazione, Sezione IV, 11 giugno 2009, n. 41799.

⁶¹² Sentenza Corte di Cassazione, sala IV, 24 febbraio 2003, n.13623.

El derecho de defensa art. 24 CE

Todos los acusados tienen derecho a ser informados de la acusación y de sus detalles para preparar su defensa, pero cuando han sido investigados mediante esta herramienta de investigación la aportación de dicha información se retrasa.

Los acusados tienen derecho a recibir información de la acusación que pende sobre ellos antes de su interrogatorio, de manera clara y comprensible, en idioma que entienda. Debe ser una información completa en la que se especifiquen los hechos objeto de la investigación y las pruebas que obren en la causa. Sin estos mínimos las defensas podrían motivar la nulidad de lo actuado, por lo que se deben extremar las precauciones procesales en procedimientos con agentes encubiertos porque sus instrucciones suelen ser muy costosas a nivel humano, también monetario y es sencillo atacar al proceso.⁶¹³ Máxime cuando ni siquiera el personal juzgador se encuentra muy familiarizado con esta figura, con las precauciones que se deben seguir, porque a pesar del aumento de la delincuencia organizada en los últimos años, España no cuenta con una cultura o tradición profesional en este sentido, no se autorizan muchas operaciones encubiertas en comparación con la autorización de otros medios de investigación como puede ser el uso de balizas y la intervención de las comunicaciones, ya sea por ser menos gravosos, sea por ser menos costosos. La falta de familiaridad con esta figura tanto del personal juzgador como del no juzgador en juzgados y tribunales españoles da lugar a errores procesales que pueden ser usados por las defensas para motivar la nulidad de lo actuado.

No se puede permitir que en los procesos con agente encubierto la acusación sea secreta, imprecisa o indeterminada, porque como ya establecía el TC desde el 1983⁶¹⁴ el primer elemento del derecho a la defensa es ser informado de la acusación, no es posible condenar por hechos no acusados, ni a sujetos no acusados formalmente y esto en el procedimiento que ha sido instruido utilizando agentes encubiertos sí que se cumple pero, se retrasa porque se suele decretar el secreto del sumario y existe información que las partes nunca conocerán.

En estos procesos el escrito de calificación del Fiscal constituye la verdadera acta de acusación. Y tenemos que tener en cuenta que el secreto del sumario, en virtud al art.

⁶¹³ Incluso, autores como GUZMÁN FLUJÁ, V., "El agente encubierto y las garantías del proceso penal" *op. cit.*... p.18 dice expresamente que "decidir el uso de esta clase de medios de investigación es como "jugar con fuego", y por ello se entra en una zona donde resultará fácil "quemarse"."

⁶¹⁴ STC 44/1983 de 24 de mayo.

302 LECrim debe levantarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión de la instrucción para no vulnerar el derecho a la defensa de las partes y en el art.649 II LECrim se establece que una vez se mande abrir el juicio oral serán públicos todos los actos del proceso, pero todo esto, de nuevo, en un proceso con agente encubierto es distinto.

Que se limite tanto la publicidad del sumario no es arbitrario ni atenta contra las garantías del proceso siempre que no vulnere el derecho de defensa. Aquí tenemos que tener muy en cuenta que la publicidad de los actos de investigación se puede prohibir por razones procesales pero lo que nunca se puede permanecer en secreto son los hechos objeto del proceso, ya que tales elementos forman parte del conocimiento que debe tener el sospechoso o acusado así como la sociedad.⁶¹⁵ Tenemos que tener en cuenta la información que se introduce en la pieza principal debe ser suficiente para no violentar el derecho de defensa.

Como ya explicamos, nuestro legislador no especifica nada sobre las actas de la investigación encubierta, pero tenemos que el contenido de las mismas se debe encontrar debidamente separado en la pieza reservada y en la pieza principal que, finalmente se pondrán en conocimiento de las partes, al menos siempre la principal con todos los datos sobre la investigación relevantes para preparar y abrir el juicio oral, por lo que de esta forma no se vería vulnerado y se respetaría el derecho de defensa pero se vería limitado o matizado por lo expuesto. Consideramos que se podría ver vulnerado el derecho de defensa cuando el Juez de Instrucción decida no hacer pública la pieza reservada, en la misma se incluyen las vicisitudes, los problemas de la operación encubierta en los que aparece la identidad supuesta del agente encubierto cuando en la pieza principal no se incluyan todas informaciones importantes e inculpativas recabadas durante la operación encubierta.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas art. 24.2 CE

Como todos los procesos, es cierto que cuando se trata de enjuiciar delitos que han sido investigados con agentes encubiertos, con difíciles instrucciones de tramas delictivas tan complejas⁶¹⁶, los procesos pueden alargarse bastante. Sin embargo, en este apartado

⁶¹⁵ A la luz de ASENSIO MELLADO, J.M., "El proceso penal con todas las garantías", *op. cit.*... p.239.

⁶¹⁶ Propias de la delincuencia organizada.

nos gustaría resaltar un problema procesal que surge por una ausencia de regulación, esto es: la LECrim no recoge la duración límite del instrumento de investigación del agente encubierto, solo establece la duración de la identidad supuesta que le otorga el Ministerio del Interior así como de sus prórrogas pero no establece la duración límite de la actuación del agente encubierto, porque no se establece el número de veces que, como máximo, puede ser prorrogado. Esta laguna legal podría vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a la par que producir problemas procesales graves porque los agentes encubiertos se utilizan durante la instrucción penal, donde, la fase de instrucción sí que tiene unos límites temporales fijados en la ley⁶¹⁷, además en los procesos en los que existe agente encubierto se decreta el secreto del sumario, que también tiene un límite fijado en la ley.⁶¹⁸

Todo lo cual, tenemos: a la luz del art. 282 BIS esta medida de investigación se puede utilizar por un tiempo indeterminado⁶¹⁹, pero en virtud del art. 324 LECrim la instrucción penal tiene un plazo máximo de seis meses y además, según el art. 302 LECrim el secreto de las actuaciones dura como máximo un mes. Las operaciones encubiertas son mucho más largas dada su complejidad y esto aún no ha sido armonizado en la LECrim, lo que da lugar al incumplimiento manifiesto de estas previsiones legales y como decimos, a problemas procesales.

⁶¹⁷ Art. 324 LECrim.

⁶¹⁸ Art. 301 y 302 LECrim.

⁶¹⁹ Porque no existe límite a esas prórrogas de seis meses. La interpretación literal del artículo hace que se puedan autorizar tantas prórrogas de seis meses como la fuerza instructora estime pertinentes.

CAPÍTULO CUARTO

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS ACUSADOS EN EL JUICIO ORAL⁶²⁰

Son muchos los objetos de análisis sobre el agente encubierto en relación con la prueba en el proceso penal: su carácter de fuente de pruebas, las pruebas que aporta, el medio probatorio que es, su proposición, admisión y denegación, la posible nulidad de las pruebas que aporte o incluso de su prueba testifical... Pensamos que la cuestión principal de la que nacen las controversias es que el Estado recurre al ``engaño`` o más bien, de forma más ajustada: se recurre al sigilo, ocultación y secreto, el Estado no actúa abiertamente⁶²¹ por ello, es tan difícil cohonestarlo con las exigencias del respeto a los principios del proceso penal y los derechos así como las garantías de los acusados.

4.1. LAS ACTAS Y LOS TESTIMONIOS DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Los primeros testimonios del agente encubierto pueden tener lugar antes de la apertura del juicio oral: Como expusimos en el apartado sobre las medidas de protección del agente encubierto, el mismo no va a acudir al Juzgado de instrucción a declarar, por su seguridad, la de sus familiares y allegados y por supuesto, para no poner en riesgo la operación encubierta, así lo entiende la doctrina mayoritaria, también nosotros y esto mismo es lo que apreciamos en la jurisprudencia reciente sobre el asunto⁶²². Sin embargo, existen circunstancias en las que de forma obligada el agente encubierto va a tener que acudir a realizar declaraciones al juzgado, a pesar de todos los riesgos:

⁶²⁰ Decía ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, ed. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, p. 9 y ss. que ``el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución`` a lo que nosotros humildemente añadimos que en cualquier Estado constitucional el cumplimiento de las garantías y principios del proceso penal conforman un pulsioxímetro tanto para los sospechosos o acusados como para el resto de partes del proceso penal. Y consideramos que son especialmente importantes las que pretenden proteger al enjuiciado que podría llegar a ser la mayor víctima del proceso penal si es inocente, por eso, el sistema de garantías en el enjuiciamiento criminal debe ser absoluto y completo.

⁶²¹ Algo que también realiza con otros medios de investigación más usados como pueden ser la interceptación de las comunicaciones, la entrega vigilada etc...

⁶²² Como puede ser la STS 886/2019, de 17 de diciembre que dice expresamente ``que dicha diligencia de investigación resulta totalmente innecesaria en el momento procesal en que nos encontramos... pudiendo ser propuesta como prueba testifical, por el recurrente para su práctica en el juicio oral...``.

-Cuando se le detenga en un partido judicial distinto al del Juzgado de instrucción que le autorizó, como expusimos.

-Cuando se sospeche que el agente encubierto esté siendo desleal. Cuando haya indicios suficientes como para pensar que el agente encubierto se ha corrompido. Y esto, para darle la oportunidad al policía encubierto de explicar la situación que está viviendo, y que el Juez de Instrucción juzgue por sí mismo si mantenerle en la operación encubierta o apartarle de la misma.

4.1.1. La protección del agente encubierto durante el juicio oral con la LOPTP⁶²³

Antes de comenzar a hablar sobre las pruebas que puede aportar el agente encubierto al proceso penal, y la prueba testifical en sí misma que emana de la presencia en el plenario del agente encubierto es necesario explicar el régimen de seguridad que aporta nuestro país a través de la aplicación de la LOPTP para tratar de proteger a los agentes encubiertos. Así las cosas, en virtud del art. 282 BIS apartado segundo, si el juez lo resuelve motivadamente se le puede aplicar la LOPTP además de poder conservar su identidad supuesta suministrada por el Ministerio del Interior para que actuase como agente encubierto, la identidad que conocieron las partes.

En primer lugar, determinar que el agente encubierto adquirirá la condición de testigo cuando acuda al juicio oral a emitir declaraciones sobre hechos o circunstancias que ellos mismos vivieron o que le fueron narradas y a someterse al interrogatorio de las partes. El agente encubierto es un testigo insustituible porque la información que puede ofrecer es subjetiva.⁶²⁴ Hemos de exponer que lo dispuesto en el apartado dos del art. 282

⁶²³ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

⁶²⁴ Y no como ocurre con los peritos que aportan su visión objetiva y por ello, pueden ser sustituidos. Así lo expresa TORRES ROSELL, N., ``Sentencias españolas sobre la protección de testigos. Líneas jurisprudenciales'' en *Jornadas internacionales de Derecho Procesal: La protección de testigos y de peritos en causas criminales. Comunicaciones y ponencias*, Dir. Robles Garzón, J.A., Ed. Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga, Málaga, 2001, p. 186.

BIS se aplicará tanto en la instrucción⁶²⁵ como en la fase de juicio oral. Estamos ante un criterio extensivo del concepto de testigo.⁶²⁶

La LOPTP prevé la protección para los familiares o allegados del testigo protegido, que en este caso es el agente encubierto siempre que los mismos, sus libertades o sus bienes se encuentren en peligro grave a la luz de los testimonios presentados por el agente encubierto. Hemos de especificar que para que la autoridad judicial conceda dicha protección debe concurrir una relación de parentesco o análoga afectividad, que exista un grave peligro para sus personas, a la luz del art. 1.2 y que dicho riesgo se derive de la participación del testigo con el que estén vinculados.⁶²⁷

Así las cosas, el agente encubierto entrará en el proceso penal con un nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico⁶²⁸ y en ninguna resolución interlocutoria se especificarán sus circunstancias personales que puedan dar lugar la identificación de su verdadera identidad, el domicilio de notificaciones y citaciones será distinto al que tenía el agente encubierto en esa vida ficticia creada para la operación encubierta y entre los agentes encubiertos y los imputados no existirá confrontación visual, art. 2 LOPTP lo que se traduce en la utilización de recursos físicos que pueden ser utilizados en sala para proteger al agente encubierto. En primer lugar, decir que son las mismas que pueden ser utilizadas para cualquier otro testigo o perito protegido: **las mamparas o los biombos**, la ocultación de su verdadera imagen mediante **la utilización de disfraces, ropas o pelucas...**

Pues bien, en la fase de juicio oral, si el juez *a quo* motiva que existe el suficiente peligro como para mantener la identidad ficticia y la aplicación de las medidas que se

⁶²⁵ Como ya hemos adelantamos anteriormente, durante la fase de instrucción en las diligencias que se practiquen no aparecerá su nombre y apellidos (en este caso nos referimos al nombre falso), domicilio, la profesión, el lugar de trabajo, ni cualquier otro dato con el que se pueda identificar, se le identificará con un nombre genérico o en clave o con un código numérico o alfanumérico en virtud del art. 2 apartado a) LOPTP. Para las notificaciones se fijará la sede del órgano judicial en el que penda la *litis* que debe hacerlas llegar al agente encubierto y, a la luz del art. 4 ya en el juicio oral, se podrá modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción y ponderando previamente los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos se motivará si procede la adopción de medidas nuevas, en función de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con la causa.

⁶²⁶ NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas'', *op. cit.*...p. 142.

⁶²⁷ Así también lo entiende MORENO CATENA, V., ``La protección de testigos y peritos en el proceso penal español'', en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, coord. Ferré Olivé, J. C., Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 140.

⁶²⁸ Art. 2 apartado a) también facilitándole protección oficial o el cambio de identidad en virtud del art. 3 LOPTP.

hubiesen tomado en la fase de instrucción en aplicación de la LOPTP art.4.1⁶²⁹ tenemos que, no constarán en las resoluciones interlocutorias el nombre, los apellidos, domicilio lugar de trabajo y profesión ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave⁶³⁰, y con estos datos nos referimos a los creados para la operación encubierta, no los reales del policía que decide protagonizarlos. El juez puede habilitar medios que imposibiliten la visión en sala del agente encubierto, que se siga fijando como domicilio la sede del órgano judicial que haya de dilucidar la causa para citar y notificar a los agentes encubiertos, por lo que dicho órgano judicial las debería enviar a la unidad de agentes encubiertos que coordinó la operación de manera reservada.⁶³¹ Además, no se les puede hacer fotografías ni tomar su imagen por cualquier otro procedimiento de forma que se le retirará dicho material a quien no cumpla esta prohibición, art. 3.1 y 2 LOPTP.

De esta forma, el agente encubierto que es el testigo protegido debe acudir al juicio oral porque debe ratificar los informes y las declaraciones que haya traído al proceso en su fase de instrucción, solamente de esta forma tendrán valor de prueba, a la luz del art. 4.5 LOPTP. Y, una vez que el proceso penal termine se pueden mantener las protecciones instauradas si lo solicitase el Ministerio Fiscal y el Juez aceptase en una resolución motivando que siguen existiendo la circunstancia de peligro grave, art. 3.2 LOPTP.

Todas las medidas que se adopten para proteger al agente encubierto pueden ser objeto de recurso de reforma o de súplica. Además, hemos de apuntar, porque es una cuestión a la que volveremos más adelante, el agente encubierto es el único testigo protegido del cual, si lo solicitasen las partes y el Juez aceptase no se llegaría a revelar nunca su identidad verdadera, es decir es la excepción del art. 4.3 de la LOPTP⁶³². Nosotros consideramos que sí que podría revelarse la identidad ficticia que le suministró el Ministerio del Interior y realizó las operaciones encubiertas, sin especificar que justo dicho testigo protegido⁶³³ era un agente encubierto porque sería peligroso para el mismo,

⁶²⁹ O se podrán adoptar otras nuevas con la debida ponderación de los bienes jurídicos protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las nuevas circunstancias en relación con el proceso penal pendiente.

⁶³⁰ Que en el caso del agente encubierto es ese nombre genérico en clave (como roca, montaña, cielo) o ese código numérico o alfanumérico que se le suele asignar al encubierto para protegerle distinto a la identidad supuesta suministrada por el Ministerio del Interior con la que protagonizó la operación encubierta.

⁶³¹ Art. 2 apartados a), b) y c).

⁶³² Aquí toda la doctrina consultada y toda la jurisprudencia coinciden.

⁶³³ En este sentido CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., ``Investigación policial y recuperación de activos procedentes de la corrupción y el crimen organizado'', *op. cit.*... p. también diferencia entre la verdadera identidad del agente encubierto que se va a ocultar hasta que termine el proceso y al que se le

porque esto le impediría que pudiese actuar en otros procesos así como en futuras operaciones encubiertas y porque si se diera a conocer a las partes la identidad ficticia con la que se actuó en la operación daría lugar a que pudiesen crear una buena defensa y a un interrogatorio en sala equilibrado. Sin embargo, existen autores como NAVARRO VILLANUEVA que por el contrario piensan que al no revelar la verdadera identidad del agente encubierto habría que comunicarle a las partes su cualidad de agente encubierto porque su identidad real no tiene relevancia para la defensa ya que los enjuiciados solo han conocido su identidad ficticia añadiendo que *“Lo que, en cambio, sí sería contrario a la mencionada garantía sería no poner en conocimiento la cualidad de agente infiltrado del testigo, información ésta que puede resultar de gran ayuda a la defensa”*⁶³⁴

En los siguientes apartados analizaremos profundamente cómo afectan estas medidas de protección tan necesarias para los agentes encubiertos a los principios del proceso penal, a los derechos y garantías del ya imputado en la fase de juicio oral motivando la necesidad de su reforma. En nuestra opinión la LOPTP, es una ley orgánica de hace treinta años que no protege lo suficiente a los testigos que lo necesiten y no protege a los agentes encubiertos a los que nosotros consideramos unos testigos que deberían ser protegidos de manera especial. Como hemos expuesto, la LECrim posibilita expresamente que se le aplique la LOPTP a los agentes encubiertos en un intento de nuestro legislador por brindar una mayor protección a los mismos, sobre todo de cara a que consigan acudir al juicio oral, lo que ocurre es que la LOPTP está desfasada y obsoleta y hoy los medios que prevé nos parecen demasiado básicos y rudimentarios. Además, en el 2015 se incorpora al art. 282 BIS la figura del agente encubierto informático y claramente lo dispuesto en la LOPTP queda lejos de brindar una protección ajustada a esta figura. En definitiva, dado que el legislador español aún no ha actualizado la protección de testigos y peritos las medidas que ofrecen una mayor protección a los agentes encubiertos en los procesos penales se encuentran reguladas fuera de la propia LOPTP. Por ejemplo, la posibilidad de declarar a través de videoconferencia no se recoge en la LOPTP. Necesitamos que el legislador español actualice la protección de testigos y peritos en causas criminales en aras a los nuevos peligros, a las nuevas figuras y en definitiva, a la evolución del proceso penal en los últimos tiempos.

aplica la LOPTP pero dice que las partes deben saber que existía un agente encubierto porque de lo contrario se atentaría contra el derecho de defensa.

⁶³⁴ NAVARRO VILLANUEVA, C., *“Protección a testigos y peritos”*, op. cit... p. 102.

4.1.2. Los medios probatorios aportados por el agente encubierto: Prueba documental, testifical y prueba pericial o policial de inteligencia. Valoración de la prueba y peso probatorio

Antes de comenzar, de nuevo hemos de recordar que el principal objetivo del agente encubierto es conseguir infiltrarse en una organización criminal para obtener indicios, pruebas y datos para aportarlos al proceso penal. El agente encubierto no busca ser una fuente de pruebas⁶³⁵ sin embargo, nada impide que lo sea.⁶³⁶ Así, en un proceso en el que ha existido un agente encubierto, porque recordemos, estamos ante causas en las que se dirime la comisión delitos muy graves, lo ideal es que dicha prueba sea propuesta por alguna de las partes, Ministerio Fiscal o Presidente y aceptada por el tribunal.⁶³⁷

Llegados a la fase de juicio oral en la que deben practicarse las pruebas, surge la otra vertiente del agente encubierto: constituir un medio probatorio a través de sus testimonios, si el agente encubierto acude al juicio oral a ratificar el contenido de sus actas y a testificar, constituirá un medio probatorio: prueba testifical.

Sin embargo, parece que en la doctrina existe una gran división en cuanto a si el agente encubierto debería ser considerado solamente como un instrumento o diligencia de investigación en la instrucción penal o si debería constituir además de una diligencia de investigación tendente a conformar la acusación, un medio probatorio en sí mismo: una prueba testifical que debe ser practicada en el juicio oral. Por supuesto, también

⁶³⁵ Según el Fiscal del Tribunal Supremo MUÑOZ CUESTA *“Las fuentes de prueba son los actos de investigación documentados que no tienen carácter de prueba, siempre valorable por el tribunal, hasta que no son reproducidos o practicados en la vista oral. Una fuente de prueba es una declaración testifical en fase de instrucción, en la que la víctima relata lo que conoce del delito y sus partícipes, que cuando acude al juicio oral y es sometida a los principios citados pasa a tener valor de prueba, o cuando habiendo fallecido, su declaración es reproducida en el plenario, pasando de fuente de prueba a prueba por tal circunstancia.”* en MUÑOZ CUESTA J., *“La Prueba en el Proceso Penal”*, ed. Memento Experto Francis Lefebvre, Barcelona, 2020, p. 10.

y según el Diccionario Panhispánico del español jurídico: *“Elementos o circunstancias anteriores al proceso que, incorporados conforme a derecho al correspondiente medio de prueba, servirán para fijar positiva o negativamente un hecho en la valoración judicial. Suele llamarse prueba a la mayoría de fuentes que provienen de diversas diligencias, como las declaraciones a la Policía, las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN, los reconocimientos médicos y exploraciones ginecológicas o las filmaciones de lugares públicos.”*

⁶³⁶ STS 975/2007, de 15 de noviembre, que dice textualmente *“la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos, sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos lo que conforman la convicción judicial”*.

⁶³⁷ A nuestro parecer no podemos renunciar a ninguna prueba que ayude a esclarecer lo sucedido cuando se trata de enjuiciar los delitos perpetrados por organizaciones criminales.

existen posturas doctrinales distintas sobre qué peso probatorio debería tener y si podría llegar a desvirtuar la presunción de inocencia.

Existen autores que consideran que se debería evitar su declaración en el juicio oral como testigo como es el caso de SANSÓ-RUBERT o GÓMEZ RODRÍGUEZ⁶³⁸. En cambio, otros autores y en realidad la mayoría de la doctrina consultada entre los que nos incluimos, sí que consideran que el agente encubierto tiene estas dos principales vertientes procesales, así también lo consideran GASCÓN INCHAUSTI, DELGADO MARTÍN, la Fiscal CONDE PUMPIDO GARCÍA, ZARAGOZA AGUADO o RIZO GÓMEZ⁶³⁹. La doctrina jurisprudencial también apoya que el agente encubierto hoy en día pueda constituir tanto una diligencia de investigación penal como una prueba testifical, algo que podemos observar en la jurisprudencia del TS desde el 1999, en su STS 3957/1999 de 5 de junio *“El problema procesal que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas se refiere, por lo general, a casos distintos del presente, en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencias las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado, sin que éste haya comparecido en el juicio oral. Pero, en la medida en la que el agente encubierto sea conocido por su real identidad por el tribunal, comparezca ante éste y sus manifestaciones tengan corroboraciones objetivas que permiten juzgar sobre su veracidad, no existen razones para excluir completamente la prueba basada en sus dichos”*.

Sin embargo, encontramos sentencias más recientes que ponderan o dan una mayor importancia al agente encubierto como diligencia, instrumento de investigación, como fuente de otras pruebas, más que como medio probatorio en sí mismo lo podemos

⁶³⁸ SANSÓ-RUBERT, D., *El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*, op. cit... p. 223, porque considera que si el agente encubierto acude al juicio oral no podría ser utilizado en otros procesos porque las partes sabrían que esa persona con identidad ficticia era en verdad un policía judicial que les estaba investigando. GÓMEZ RODRÍGUEZ, S. R., *La lucha policial contra la delincuencia organizada en España: Misión imposible* op. cit... p. 274.

⁶³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... pp. 261 y 263. DELGADO-MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 62 y 65. CONDE PUMPIDO GARCÍA, P., *“El agente encubierto en la legislación española”*, op. cit... p. 16. ZARAGOZA AGUADO, J., *“Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”*, op. cit... p.112. RIZO GÓMEZ, B., *“El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”*, op. cit... p.35 que expresa en este sentido *“En efecto, incluso en los casos de extrema peligrosidad, como acontece en todo lo que concierne a la criminalidad organizada, se ha de garantizar la contradicción efectiva, de manera que la parte contraria pueda controlar y constatar la licitud de las actuaciones del agente encubierto, siendo para ello absolutamente crucial que, si lo solicita la defensa, el mismo pueda ser interrogado en juicio por esta parte.”*

observar en la STS 975/2007, de 15 de noviembre cuando establece que la infiltración policial busca *“proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción judicial.”* o aún más reciente la STS 312/2021, de 13 de abril que potencia la actividad del agente encubierto, es decir la técnica de la infiltración sin que el propio testimonio del agente encubierto constituya una prueba en sí misma, al expresar *“asumiendo los acusados que la actuación del agente encubierto pasó por la autorización fiscal y judicial legalmente exigida, pues el recurso acepta que se incoaron diligencias de investigación de la fiscalía y que se dio cuenta al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, la reserva estaría avalada por la regulación establecida en el art. 282 BIS de la ley procesal, que contempla la posibilidad de ocultar la identidad del agente y que sólo obliga a que se facilite a la Autoridad Judicial la información obtenida por el agente encubierto cuando constituya un elemento probatorio respecto de los hechos objeto de investigación, no cuando se trate de sospechas policiales que vayan a ser objeto de indagación y deban ser tributarias de elementos probatorios distintos y específicos”*.

Expuesto lo anterior, pasemos ahora a analizar los distintos medios probatorios relacionados con el agente encubierto:

A) Prueba documental

Según CALAZA LÓPEZ la prueba documental es la contenida en documentos ya sean físicos o bien electrónicos, escritos o gráficos (fotografías, esquemas, croquis, planos o mapas) y visuales o auditivos (grabaciones de imagen o sonido en cualquier medio).⁶⁴⁰

Toda la información que aporta el agente encubierto⁶⁴¹ en la fase de instrucción mediante sus actas puede constituir medio probatorio, todos los informes que son remitidos al juzgado de instrucción: las actas o informes en los que se reflejan las informaciones específicas sobre la actividad encubierta con todos los detalles del día a día, con todos los datos, indicios y pruebas que se han ido obteniendo y se han reflejado

⁶⁴⁰ CALAZA LÓPEZ, S., *“El juicio oral”*, en *Derecho Procesal Penal*, Dirs. Gimeno Sendra, V., Díaz Martínez, M., Calaza López, S., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 481- 482.

⁶⁴¹ Cuando nos referimos a agente encubierto, hablamos del agente encubierto, agente de cobertura, equipo investigador o unidad de agentes encubiertos de la policía judicial que, como expusimos en el anterior capítulo, son las autoridades que de facto, en las operaciones encubiertas crean las actas.

en la pieza separada así como las actas e informes más generales con las actividades de investigación que ha llevado a cabo el agente encubierto con indicios y pruebas complementarias en los que se especifican los detenidos y todas las pruebas recabadas contra los investigados que se incluyeron en la pieza principal.

Por tanto, toda la información contenida en la pieza reservada así como en la pieza principal que conocen las partes son susceptibles de constituir prueba en plenario, prueba documental, guardando siempre la identidad supuesta del agente encubierto. En definitiva, las actas pueden constituir una prueba documental porque finalmente en el proceso siempre se integran en un escrito o soporte material en el que constan los datos que se han revelado de la investigación realizada por el agente encubierto, todas las actas pueden constituir una prueba documental que será propuesta por el Ministerio Fiscal o por el Presidente del Tribunal.

B) Prueba testifical

Según CALAZA LÓPEZ la prueba testifical se trata de una narración o declaración ante el Juez del enjuiciamiento de los hechos penales por parte de quien los percibió por sus sentidos directa o indirectamente. El agente encubierto es, por tanto, un testigo directo porque percibió mediante sus propios sentidos y sin intermediación los hechos que se juzgan.⁶⁴² Por ello, constituirá una prueba testifical cuando acuda al plenario a ratificar el contenido de las actas, retractarse de lo dicho o hacer matizaciones. También para dar las explicaciones que considere oportunas y por supuesto para someterse al interrogatorio de las partes.

Pues bien, la prueba testifical del agente encubierto presenta las siguientes características y peculiaridades. En la actualidad⁶⁴³ la declaración del agente no ratificada en el juicio oral tendrá el valor de denuncia, por lo que no constituirá un medio de prueba testifical, sino una denuncia art.297 LECrim y el propio agente encubierto quedará como un instrumento de investigación que impulsa la instrucción aportando datos, indicios y pruebas pero no constituyendo un medio de prueba por sí mismo.

⁶⁴² CALAZA LÓPEZ, S., ``El juicio oral'' *op. cit...* p. 477- 478.

⁶⁴³ Así lo expone GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. COLEX, Madrid, 2004, p. 235.

En nuestra opinión el agente encubierto debe acudir al juicio oral y constituir una prueba testifical que sirva para esclarecer lo sucedido porque, como sabemos la inocencia se presume, porque ante la ausencia o insuficiencia probatoria o incluso ante la falta de claridad, la presunción de inocencia prevalece siempre: *in dubio pro reo*. La prueba testifical del agente encubierto puede ser propuesta por la defensa⁶⁴⁴, el Ministerio Fiscal o por el Juez, art. 729 LECrim. Puede que el presidente del Tribunal examine al testigo que es el agente encubierto en primer o último lugar, alterando el orden cuando lo considere lo más conveniente para esclarecer los hechos y sea más sencillo descubrir la verdad, art. 701 LECrim. Normalmente, el agente encubierto esperará su turno en solitario en una estancia de las dependencias del tribunal, en el local donde se celebren las sesiones plenarias, art. 704 y 705 LECrim.

El agente encubierto debe ser citado con la identidad ficticia que se creó o, de continuar con la aplicación de la LOPTP, con el nombre el clave o código numérico o alfanumérico a pesar de que ya haya terminado la actividad de infiltración policial porque el agente encubierto es un testigo protegido y le es de aplicación la LOPTP.⁶⁴⁵ Además, el agente encubierto durante la realización de sus declaraciones en el juicio oral, así como durante el interrogatorio de las partes mantendrá su identidad falsa en virtud del art. 282 BIS apartado dos. De forma que, cuando el Presidente le pregunte sobre su identificación aportará la ficticia, la creada para dicho proceso, así como sus apellidos y su profesión, se seguirá manteniendo la ficción que conocían los ahora acusados. A pesar de esto, el agente encubierto como cualquier otro testigo debe prometer o jurar decir la verdad, así como responder a las preguntas que le realicen las partes, como podemos observar en la STS 104/2019, de 27 de febrero.

Para que esta prueba testifical sea válida el funcionario policía que protagonizó la infiltración debe acudir al juicio oral independientemente de la duración de su infiltración y también con independencia del momento en que se encontrara la actividad delictiva que

⁶⁴⁴ Incluso sin saber que está proponiendo concretamente la prueba testifical del agente encubierto, puede proponer la testifical de dicho testigo que aparece en las investigaciones y que conocieron los investigados.

⁶⁴⁵ La STS 104/2019, de 27 de febrero dice expresamente que el agente encubierto debe comparecer en el juicio oral porque así lo determina la LOPTP: “así se deduce de lo dispuesto sobre este extremo por el artículo 4.5 de la LOPTP 19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales, que dispone lo siguiente: “*Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó*”. En esta misma línea también tenemos la STS 65/2019, de 7 de febrero para el agente encubierto informático.

debían investigar, es decir, si los ilícitos prácticamente estaban dejándose de perpetrar pero el agente encubierto que los ha presenciado también debe acudir al juicio oral. Y debería acudir al juicio oral a pesar de que las actas fuesen muy completas y específicas, incluso si el agente encubierto tuvo poca actividad y está muy bien contada en las actas, esto no da lugar a motivar su ausencia en el juicio oral.

El agente encubierto debe acudir al juicio oral porque, recordemos, las actas o informaciones hoy en día pueden pasar por el agente de cobertura, el equipo de investigación y la unidad de agentes encubiertos, como ya expusimos en el anterior capítulo: pasan por demasiadas personas y al fin y al cabo es la policía judicial la que se encarga de filtrar la información que llega al Juez de Instrucción por lo que en ocasiones las actas no proporcionan una información lo suficientemente detallada o directamente se pueden obviar detalles que el Juez de Instrucción sí que considere importantes dando lugar a lo que podría ser una actuación irregular del agente encubierto, que según la STS 395/2014, de 13 de mayo podría subsanarse con la debida comparecencia en plenario del agente encubierto respondiendo a las preguntas que se le realicen. Además, cuando el agente encubierto ha aportado grabaciones debería acreditar la autenticidad subjetiva, debería de expresar en sala que las voces que se escuchan en la misma corresponden a la persona a quien se le atribuye, mediante su testifical se comprobaría que realmente al estar él presente las voces corresponden a los acusados para que las grabaciones de audio puedan tener valor de prueba de cargo.⁶⁴⁶ También consideramos necesario que acuda al juicio oral porque pueden existir documentos contradictorios.

En todo caso, como podemos observar en la STS 906/2014, de 23 de diciembre si en una misma investigación han participado dos agentes encubiertos uno de ellos sí que podría dejar de ir a las sesiones plenarias del ordinario, porque basta una persona para relatar lo acontecido, porque como señala la sentencia su intervención había sido *“en todo simultánea a la de aquel”*, sin embargo, nosotros consideramos que en muchas ocasiones no son simultaneas las actuaciones de dos o más agentes encubiertos a lo largo de toda su infiltración, máxime cuando se les autorizan por periodos de seis meses prorrogables con igual duración y sin existir límites de prórrogas, por ello, a nuestro parecer deberían acudir al juicio oral tantos agentes encubiertos hayan sido autorizados.

⁶⁴⁶ PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 257.

Y esto porque, para cumplir con el derecho de defensa y el carácter público del proceso art.24.2 CE, solo lo que se debate de forma oral en el juicio puede ser fundamentado en sentencia. Con esto queremos decir que, en la actualidad, no se contempla la posibilidad de que alguno de los funcionarios policías de la unidad de agentes encubiertos que ha participado en la operación encubierta el agente de enlace o cobertura, alguno de los miembros del equipo de investigación, un superior de la unidad de agentes encubiertos pueda acudir al plenario en lugar del propio policía que hizo de agente encubierto⁶⁴⁷, es una actividad personalísima.

No se aceptan los testimonios de referencia⁶⁴⁸, porque como hemos expuesto, no se permite la incomparecencia en juicio oral del testigo protegido por razones exclusivas de seguridad. Debemos añadir que los testigos de referencia solo se permiten en aquellos casos en los que sea imposible escuchar al testigo directo⁶⁴⁹, aquí sí que es posible porque se pueden establecer los medios oportunos para que se produzca con garantías tanto para el funcionario de policía que teme por su seguridad así como para la de los ya encausados que temen por salvaguardar sus derechos y tratan de defender su inocencia. Los medios presentes en los juzgados españoles, como bien sabemos pueden mejorarse, de hecho han de mejorarse de acuerdo a los avances tecnológicos, porque desde el 1994 fecha en la que data la LOPTP ha evolucionado la sociedad y por supuesto los medios, pero ello no motiva la imposibilidad de escuchar al testigo directo que es el agente encubierto, no motiva su ausencia en el juicio oral. El agente encubierto ha vivido en primera persona la actividad diaria de la organización criminal, ha realizado las investigaciones, ha visto, ha escuchado y ha interactuado con los presuntos criminales, esto no puede ser suplido por

⁶⁴⁷ Como ya precisó el TS en su sentencia 3591/2001, de 3 de mayo *“no se puede interrogar como agente encubierto a una brigada, se debe citar al agente concreto.”*

⁶⁴⁸ El testimonio de referencia es aquel que presta una persona que no ha estado presente en el lugar de los hechos pero los ha conocido a través de terceras personas, no ha sido testigo directo de lo ocurrido pero lo conoce. Ya en el 1999 el TS determinó que, *“El problema procesal que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas se refiere, por lo general, a casos distintos del presente, en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencias las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado, sin que éste haya comparecido en el juicio oral. Pero, en la medida en la que el agente encubierto sea conocido por su real identidad por el tribunal, comparezca ante éste y sus manifestaciones tengan corroboraciones objetivas que permiten juzgar sobre su veracidad, no existen razones para excluir completamente la prueba basada en sus dichos”* en su STS 3957/1999 de 5 de junio. Consideramos que el propio agente encubierto acudiendo al juicio oral sí que podría constituir él mismo un testigo de referencia de aquellas informaciones que le han contado o que ha tenido conocimiento por personas pertenecientes a la organización criminal que investigó.

⁶⁴⁹ Como podemos ver en la STS 395/2014, de 13 de mayo que dice expresamente *“El testigo de referencia solo sería posible... aceptando por extensión la imposibilidad de oír al testigo directo por razones de especial consistencia”*.

el testimonio de ningún otro miembro de la unidad de agentes encubiertos, ni siquiera por el agente de cobertura o enlace ni por alguno de los miembros del equipo de investigación.

Al agente encubierto se le permite mantener la falsa identidad creada para la actividad encubierta porque esa es la persona que han conocido los investigados, y esa, aunque ficticia es la persona con la que han interactuado. Es importante destacar que al agente encubierto, por mantener su identidad ficticia y por aplicársele lo previsto en la LOPTP, es decir: establecer barreras visuales, art. 2 y 3 de la misma. O testificar a través de videoconferencia, art. 325, art. 731 BIS LECrim etc... no se le van a imponer más exigencias que a cualquier otro agente de policía que no oculte su verdadera identidad y acuda al proceso para realizar idénticas acciones. Una vez acondicionada la sala la parte que haya presentado el testigo del agente encubierto empezará a hacerle preguntas, posteriormente las demás partes podrán dirigirle también las cuestiones que estimen oportunas y pertinentes. El Presidente del tribunal puede hacerle también preguntas y velará porque no se contesten preguntas impertinentes, capciosas o sugestivas.

Aun así, como decimos las protecciones actuales no parecen demasiado efectivas porque cabe la posibilidad, como ha ocurrido en algunos casos, que a causa del temor, del miedo del propio agente encubierto, que entre esas declaraciones prestadas por el agente en la fase de instrucción y en el juicio oral exista disconformidad, las partes podrán solicitar la lectura en juicio de la declaración sumarial art. 714 LECrim y, como indica el propio artículo, después de leída el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe, y aquí como indica JAÉN VALLEJO⁶⁵⁰, es posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, siempre que se haya procedido a la lectura y se haya garantizado el derecho de la defensa y se haya sometido a contradicción.

Por su parte, el TEDH ha establecido en su jurisprudencia que, siempre que el agente encubierto no haya grabado sus encuentros con los investigados, tiene que acudir al juicio oral, como podemos observar en su STEDH de 26 de febrero de 2013, caso Papadakis versus La antigua República Yugoslava de Macedonia, número 50254/2007 que dice expresamente que *“En ausencia de una grabación sonora para acompañar el material*

⁶⁵⁰ JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, ed. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2000, p. 2.

de vídeo, su testimonio era la única prueba relativa al contenido de las discusiones durante el crítico encuentro en el café-bar en Skopje. Esto fue confirmando en la sentencia del Tribunal de Apelación...No había ninguna otra evidencia que corrobore la participación del solicitante en el crimen. En este sentido, cabe destacar que el tribunal de primera instancia se basó en el testimonio prestado por el testigo con el fin de refutar la evidencia'' del acusado ``... que había negado que sus encuentros con el solicitante habían estado relacionados con drogas... en tales circunstancias, el Tribunal considera que esta prueba fue decisiva para la condena del demandante''.

El TS español no sigue esta doctrina del TEDH, porque para el alto tribunal las grabaciones son un plus, un apoyo y nunca sustituirían el testimonio que realice el agente encubierto en el juicio oral, aunque en la causa obrasen otras pruebas o evidencias decisivas para enervar la presunción de inocencia, nuestro TS las considera como un auxilio de la memoria sobre todo en las operaciones encubiertas de larga duración.⁶⁵¹

Por otro lado, en los procesos en los que se han utilizado agentes encubiertos extranjeros aún se torna más compleja la presencia de los mismos en el juicio oral como podemos observar en la STS 5/2009, de 8 de enero o la STS 189/2010 de 9 de marzo en la que el agente encubierto extranjero no acudió al plenario y esto en los casos en los que obran otras pruebas de cargo en el proceso puede no ser crucial o decisivo pero cuando no es así, la incomparecencia del agente encubierto en el juicio oral da lugar a absoluciones por ausencia de pruebas inculpatorias como por ejemplo podemos observar en la SAP de Barcelona 950/2011, de 28 de octubre donde el propio tribunal considera incomprensible que no se accediera a localizar al agente encubierto y determina que era necesario que el agente encubierto hubiera declarado en el juicio. Esto también lo observamos en la SAN 19/2011, de 25 de abril, en la SAN 34/2012, de 30 de abril con los agentes de la DEA⁶⁵² que no comparecieron en el plenario. También puede ocurrir que un agente encubierto haya actuado en una investigación en España y por ello deba deponer en plenario pero la legislación de su Estado prohíba expresamente que comparezca como testigo en el proceso.

⁶⁵¹ Como podemos ver también en la STS 104/2019, de 24 de febrero.

⁶⁵² La DEA es un cuerpo policial estadounidense que lucha contra el tráfico ilegal de drogas. Los agentes de la DEA persiguen y combaten a las organizaciones de tráfico y terroristas más importantes. <https://www.dea.gov/es/carreras/agente-especial#:~:text=La%20DEA%20es%20la%20fuerza,que%20amenazan%20a%20nuestras%20comunidades>. Consultado por última vez el 12-03-2023.

Una vez expuesto lo anterior, los testigos agentes encubiertos tienen tres obligaciones distintas, a saber: comparecer en las sesiones del juicio oral, prestar declaración y decir la verdad, así como someterse al interrogatorio de las partes de lo contrario obstruirían la justicia, estarían desobedeciendo gravemente a la autoridad y esgrimirían falsos testimonios.

Por último, además de todo lo expuesto, nosotros consideramos esencial la presencia del agente encubierto en el juicio oral como prueba testifical porque, amén de su regulación actual prevista en el art. 282 BIS apartado dos *“Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto”* ser agente encubierto es voluntario, si el agente decidió libremente serlo tiene que saber que debe acudir al juicio oral a declarar y porque el apartado quinto del art. 282 BIS dispone que *“5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”* dado que la LECrim le exime de responsabilidad criminal, creemos necesario que al menos acuda al juicio oral para ratificar lo contenido en sus actas y someterse al interrogatorio de las partes⁶⁵³. Una vez que son autorizados por el Juez de Instrucción o por el Fiscal están exentos de responsabilidad criminal por los actos ilícitos proporcionales que hayan cometido en el transcurso de sus investigaciones y por ello, con más razón el agente encubierto debería acudir a las sesiones de juicio oral también para poder depurar su responsabilidad no solamente para dirimir si ha provocado o no el delito sino para aplicarle o no la exención de responsabilidad penal prevista en el apartado quinto del art. 282 BIS LECrim, en definitiva para definir claramente la responsabilidad penal y también, muy particularmente, responsabilidades y posibles exoneraciones de carácter disciplinario de los agentes encubiertos. Y solo de esta forma, si las defensas ya hubiesen alegado la provocación delictiva de sus defendidos en la actuación del agente encubierto, el agente encubierto debe acudir a la sala también para discutir la posible provocación delictiva por su parte.

⁶⁵³ Esto lo podemos observar en la STS 395/2014, de 13 de mayo.

C) Prueba pericial o policial de inteligencia

Es necesario resaltar, la posible consideración de la prueba que emana del agente encubierto como una ``pericial de inteligencia``⁶⁵⁴ es decir, un medio probatorio no previsto en la LECrim, acuñado jurisprudencial y doctrinalmente para tratar de encajar en el proceso penal los dictámenes que realiza la policía judicial tras una labor de investigación profunda en los que se reflejan las conclusiones a las que han llegado tras estudiar los datos y las relaciones que estaban siendo investigadas.

Algunos autores como LAFONT NICUESA o REDONDO HERMIDA⁶⁵⁵ han resaltado esta posibilidad, el primero diciendo que *``La formación especializada de los AE físicos permite considerarlos como funcionarios con especiales conocimientos sobre la estructura criminal en la que se insertan y con la que van a convivir, ello les permite aportar también desde el ámbito de la criminología una información útil al Tribunal sobre la metodología y formas de operar de la estructura criminal. En consecuencia, entiendo que los policías infiltrados pueden declarar también como peritos.``* Por su parte, la segunda autora llega a considerar al agente encubierto como un miembro de un Servicio de Inteligencia y que llevan a cabo *``la investigación altamente técnica desarrollada por un Servicio de Inteligencia``*.

La consideración de que los testimonios del agente encubierto puedan constituir una pericial o policial de inteligencia también la podemos ver en jurisprudencia reciente como la STS 134/2016, de 24 de febrero que se refiere al agente encubierto como un profesional que describe la metodología así como el modo de organización y funcionamiento de la estructura y los componentes de la organización criminal, diciendo que esto *``puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras...``* al

⁶⁵⁴ Que según DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M. Á., *La prueba ilícita penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 197 es una *``prueba que recoge informaciones e investigaciones policiales efectuadas, a veces durante años, sobre grupos y actividades concretos que deben aportarse a juicio a fin de ser valoradas contradictoriamente a través de sus autores, quienes no emiten opiniones personales sino declaraciones apoyadas en los documentos que manejan y que constituyen el fundamento de esas opiniones``*. Más profundamente sobre este medio probatorio SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *``Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la llamada ``Prueba Pericial de Inteligencia`` en Planificación, estrategias y medios en la lucha contra el crimen organizado y en la recuperación de activos, Coords. Garrido Carrillo, F.J., Faggiani, V., Romero Abolafio, J.J., ed. Thomson Reuters – Aranzadi, 2023, pp. 303-324.*

⁶⁵⁵ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto, op. cit...* p. 339. REDONDO HERMIDA, A., *El ``agente infiltrado`` y su regulación por el Derecho español*, Diario El Mundo, Madrid, 31 de enero de 2008.

considerar dichos conocimientos empíricos equipara el testimonio del agente encubierto con el que podría aportar un perito.

En nuestra opinión entendemos que, no es posible que la prueba en sí misma que dimana del propio agente encubierto sea la conocida como ``prueba pericial o policial de inteligencia``.

En primer lugar porque el agente encubierto no es un agente del centro nacional de inteligencia, ni un espía sino un funcionario policía que de forma voluntaria adquiere una identidad supuesta suministrada por el Ministerio del Interior para infiltrarse en una organización criminal y recabar datos, indicios y pruebas sobre la misma con los que nutrir la instrucción penal. En segundo lugar para nosotros, aunque un agente encubierto tenga una formación especial y cuente con conocimientos muy profundos sobre la organización criminal, amén de su infiltración, sus declaraciones sobre la forma de actuar y la estructura de la organización que investigue, no escapan del común saber, no son conocimientos lo suficientemente empíricos y las informaciones contenidas en las actas pueden no ser tan puramente científicas como para que el tribunal que deba dirimir la causa no los entienda por sí solos y por sí mismos y precise la explicación necesaria y científica del agente encubierto. Lo cierto es que, al igual que los agentes encubiertos deben acudir al juicio oral a declarar, ratificar el contenido de las actas y a someterse al interrogatorio de las partes los policías judiciales que redactan los informes periciales de inteligencia deben también hacer lo mismo pero para objetivos distintos, porque en la pericial de inteligencia el policía judicial lo que trata es de hacer entender al juzgador, de aportarle más luz y aportar saberes que escapan de los generales de los jueces o juristas y de cualquier persona.

No creemos que sea conveniente ni que se puedan equiparar las actas del agente encubierto con los informes periciales o policiales de inteligencia, porque como se explicó, las actas son los documentos en los que se reflejan los hallazgos del agente encubierto y donde narra su actuación, en cambio, los informes periciales de inteligencia son unos dictámenes que elabora la policía judicial o una de sus unidades especializadas en los que se recoge la información obtenida tras el análisis de los datos e indicios encontrados así como sus percepciones o conclusiones tras sus investigaciones y en base

a su experiencia policial⁶⁵⁶, algunos de ellos tienen un corte muy técnico o científico incluyendo informes de dactiloscopia, grafología o balística.⁶⁵⁷ Por lo tanto, puede que sean informes parecidos elaborados por la policía judicial pero un informe pericial de inteligencia no nace siempre de un agente encubierto, depende del contenido de las actas.

En conclusión, pensamos, que en todo caso la declaración del agente encubierto podría ser considerada como una prueba mixta testifical-pericial solamente cuando incluya informes de grafología, dactiloscopia, balística etc... es decir, verdaderos informes científicos que el órgano juzgador no pueda valorar por sí mismo, por sí solo y necesite la explicación del agente encubierto para llegar a entenderlos. Si al agente encubierto se le considerase un perito, le seguiría siendo de aplicación la LOPTP, su protección no cambiaría. En este sentido también se alinea DELGADO MARTÍN que determina que el agente encubierto *“podrá aportar al tribunal de enjuiciamiento aquellos elementos que ha observado, lo que es propio de la prueba testifical”*.⁶⁵⁸

D) Valoración de la prueba y peso probatorio

Como sabemos, los Jueces y Tribunales deben valorar libremente y en conciencia las pruebas debidamente practicadas y que no sean ilícitas, art. 11 LOPJ y deben razonar sus decisiones. En nuestro proceso penal impera el principio de libre valoración de la prueba art. 741 LECrim pero también es cierto que también existe una jerarquía entre los medios probatorios donde la prueba documental es la que más peso tiene, tras ésta la autoincriminación del acusado, la prueba pericial y la prueba testifical. Veamos qué sucede en un proceso con agente encubierto donde el mismo agente encubierto puede ser un medio probatorio que ha de ser tenido en cuenta y valorado por el juzgador a la hora de dictar sentencia:

⁶⁵⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., Los “Informes policiales de inteligencia” como prueba en el proceso penal” en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 68, ed. Aranzadi, 2022, p.4.

⁶⁵⁷ DOLZ LAGO, M. J., “Reflexiones sobre la prueba oficial-científica (a propósito del valor probatorio de los informes periciales emitidos por laboratorios oficiales)”, en *La Ley Penal*, número 65, 2009, p. 19 y ss.

⁶⁵⁸ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 70.

-De la prueba documental

En cuanto al valor de la prueba documental que constituyen las actas del agente encubierto, tenemos, en primer lugar, que tener en cuenta que el tercer párrafo del art. 282 BIS dice que *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”* El art.282 BIS LECrim determina que el Juez debe valorarlo en conciencia en su integridad, como también indica el art.741 de la LECrim. Además, el tribunal, a la luz del art. 726 LECrim debe examinar por sí mismo los libros, los documentos, los papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

De hecho, el TS ha defendido que realmente son los datos y los elementos que aporta el agente encubierto al proceso los que *“conforman la convicción judicial”*⁶⁵⁹ como pueden ser los hallazgos encontrados en los registros de los vehículos de los enjuiciados, o de la entrada en los domicilios con la previa autorización judicial por ej. Que se tomen fotos de los laboratorios donde se creaban las sustancias estupefacientes. La incautación de droga, dinero, entre otros.

Nos gustaría también resaltar que en aquellas actas en las que se reflejen conversaciones entre el agente encubierto y los investigados, el Juez protagoniza una labor bastante compleja porque habrá de dirimir si las mismas surgieron de manera espontánea o fueron direccionadas por el agente encubierto, si los investigados se expresaron con naturalidad o bien estaban siendo sometidos a preguntas capciosas, sugestivas etc... si fueron sometidos a un *pseudo* interrogatorio desprovisto de sus garantías procesales, ... algo que, como se expuso anteriormente el agente encubierto no debe realizar porque causaría la nulidad probatoria. Normalmente, las defensas incluyen en sus escritos que sus clientes fueron coaccionados durante dichas conversaciones, sometidos a preguntas capciosas y guiados a conciencia por el agente encubierto hacia la autoincriminación.

Para que las actas puedan ser valoradas deben ser debidamente practicadas ante el tribunal al inicio del juicio oral como cualquier otra prueba documental, teniendo en cuenta que el art. 730 LECrim cuando alude a la lectura de las diligencias sumariales

⁶⁵⁹ STS 975/2007, de 15 de noviembre.

siendo necesario reproducirlas⁶⁶⁰ para que las partes las puedan someter a contradicción. El art. 730 LECrim requiere la lectura de la actuación documentada, porque si las diligencias sumariales acceden al proceso como prueba documental es necesario leerlas en el acto del juicio oral para que se puedan tener en cuenta para dirimir la culpabilidad o inocencia del acusado ante el mismo en la sede del tribunal.⁶⁶¹ Las fotografías y las grabaciones de voz, imagen o vídeo deben ser reproducidas en sala con los medios que hoy en día se encuentran disponibles en cualquier sede judicial.

Y aquí es conveniente apuntar que, como sabemos las operaciones encubiertas pueden ser muy largas y por ello el contenido tanto de las actas de la pieza principal como del resto de piezas pueden ser muy extensas, máxime si se ha ido haciendo un diario de la operación encubierta, en esos casos es el Juez el que debe decidir qué fragmentos, qué imágenes, grabaciones deben reproducirse expresamente en el juicio oral para evitar descontextualizaciones o distorsiones⁶⁶², para no eternizar las sesiones plenarias, cosa que no vulneraría el derecho de defensa cuando ésta haya podido conocer dichos contenidos y haya podido solicitar que se practiquen los que más le interesen.

La valoración de la prueba documental que constituyen todas las actas entregadas por el agente encubierto, debe ser legal y libre y sin perder de vista la apreciación que hace el propio legislador de ``en conciencia'', pero libre porque no tenemos un sistema de prueba tasada sino que imperan las reglas del criterio racional. Y basándose siempre en una deducción lógica de unos hechos fijados con certeza dando lugar a un verdadero conocimiento objetivo resultado del análisis llevado a cabo y de haber apreciado con espíritu crítico los elementos de prueba. En definitiva, y en palabras de TARUFFO⁶⁶³ se trata de ``una discrecionalidad guiada por las reglas de la conciencia, de la lógica y de la argumentación jurídica''. Y por supuesto, siempre motivando su decisión. Al tratarse de documentos, el Juez debe de especificar qué documento específicamente ha dado lugar a su decisión. GASCÓN INCHAUSTI⁶⁶⁴ establece que las actas no tienen un valor por sí

⁶⁶⁰ Cuando hablamos de fotografías, grabaciones de voz o vídeo.

⁶⁶¹ En este sentido PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, op. cit... p. 232 y FERRUA, P., ``Oralità del Giudizio e lettura di deposizioni testimoniali'', ed. Giuffrè editore, Milano, 1981, pp. 299-300.

⁶⁶² Como ocurre con las grabaciones realizadas por cámaras colocadas en lugares públicos, no es necesario visualizar las 24 horas del día de autos para comprender el ilícito que pudo firmar la cámara SENÉS MOTILLA, C., ``Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales'', en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de derecho judicial, número 12, 1996, p. 9.

⁶⁶³ TARUFFO, M., ``Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial'', en *Jueces para la democracia*, número 52, 2005, p.67.

⁶⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit..., p. 262.

solas y pueden constituir tanto prueba de cargo como de descargo si las actas contuviesen contenido favorable al acusado.

-De la prueba testifical

En el proceso penal en cuya investigación ha intervenido un agente encubierto y en el que se propone la prueba testifical del mismo también reina el principio de libre valoración de la prueba que preside todos los procesos penales y permite al Juez interpretar las pruebas conforme a las ``máximas de la experiencia`` a las reglas de la ``sana crítica`` y a su ``leal saber y entender``, todo ello, por supuesto con límites. El Juez le aplica a los hechos probados el derecho ``*daha mihi factum et dabo tibi ius*`` dame a mí los hechos y yo te daré el derecho.

Como expusimos, el art. 282.1 BIS LECrim hoy solamente establece que se debe valorar ``*en conciencia por el órgano judicial competente*`` la información que vaya obteniendo el agente encubierto, es decir, lo contenido en las actas que finalmente lleguen al instructor y por lo tanto, solo la prueba documental que constituyen las mismas. Hemos de exponer sobre ello que el Grupo Parlamentario Socialista presentó una proposición de Ley en el 1997⁶⁶⁵ estableciendo como texto del art. 282.1 BIS LECrim que ``...*su testimonio no será por sí mismo prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria si no es corroborado por otros medios de prueba válidos*`` lo que fue enmendado por el Grupo Parlamentario Popular en el 1998⁶⁶⁶ dándole la redacción que observamos hoy ``*en conciencia por el órgano judicial competente*`` determinando que la redacción anterior exigía un plus de exigencia a la prueba testifical del agente encubierto de manera injustificada limitando el principio de libre valoración de la prueba del art. 741 LECrim. Esto, según GASCÓN INCHAUSTI⁶⁶⁷ impedirá que se produzcan interpretaciones jurisprudenciales que impongan condiciones a la valorabilidad de la prueba (única) de cargo del agente encubierto como sí que sucede con el testimonio de víctimas del delito que se enjuicia o con las declaraciones de coimputados.

Antes de que el 282 BIS figurase en la LECrim el TS ya se pronunciaba sobre la posibilidad de que el agente encubierto acudiese al proceso penal como un testigo,

⁶⁶⁵ Boleín oficial del Congreso de los Diputados, Serie B, Proposiciones de Ley, número 116-1, 23 de septiembre de 1997, p. 2.

⁶⁶⁶ Enmienda número 17 del grupo popular, VI legislatura, número 116-6, serie B, de 6 de marzo de 1998.

⁶⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 265.

calificándolo de testigo muy cualificado lo observamos, por ejemplo en la STS 818/1995, de 14 de febrero en la que se expone *“el infiltrado es, en calidad de testigo, otro factor importante a la hora de constituir la prueba. Si el arrepentido está en conexión con la figura del coimputado, el infiltrado, que a diferencia del anterior no es parte en el proceso, es un testigo evidentemente relevante que ha de ser relacionado con la figura del agente provocador. La credibilidad de sus manifestaciones, con menos complicaciones que el arrepentido, corresponde también a la íntima convicción de los jueces. El infiltrado no está dentro del proceso porque es un testigo cualificado que a su vez puede ser, o no, provocador de la infracción, que a su vez puede ser, o no, miembro de las fuerzas de seguridad. La actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor; distintos de los habituales históricamente.”*

Pues bien, por lo que tenemos en la actualidad, hemos de recordar que nos encontramos ante un testigo protegido, que puede conservar su identidad ficticia durante las sesiones del juicio oral, el tribunal que haya de dilucidar la causa sí que conoce la verdadera identidad del agente encubierto teniéndola en cuenta para poder valorar dicha prueba. Se levantará un acta separada y secreta con la identidad reservada del declarante. Y se le puede aplicar la LOPTP, como expusimos.

Además, el tribunal que haya de dirimir la causa con agente encubierto siempre tiene en cuenta que, en puridad, se encuentra ante un profesional funcionario policía que está declarando en plenario y lo valorará como tal, es decir, aportándole el peso probatorio que se le daría en cualquier otro proceso a una testifical de un policía como podemos observar en el art. 297 LECrim que en su párrafo segundo dice que *“Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”* y en jurisprudencia reciente como la STS 635/2019, de 20 de diciembre que dice expresamente *“no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no exista elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado Social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE.”* Y

esto, siempre teniendo muy presente que por razón de su profesión, oficio o cargo no se puede aportar más valor a unos testigos en detrimento de otros, a la luz del art. 717 LECrim por el cual *“Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional.”*

A la luz de dicha sentencia, hemos de señalar que el valor de las declaraciones dimanantes del agente encubierto y por lo tanto de su prueba testifical podrían servir de prueba de cargo suficiente (y única)⁶⁶⁸ para enervar la presunción de inocencia, pero ciertamente del estudio jurisprudencial realizado extraemos que siempre vienen corroboradas o son apoyadas por otros materiales probatorios que obran en la causa normalmente producto de la actividad encubierta, así lo hemos observado en todas las sentencias estudiadas.

En otras palabras, lo que hemos detectado en todos los casos analizados es que la prueba testifical del agente encubierto podría ser la prueba de cargo principal, así lo considera nuestro TS en su STS 34/1999 de 11 de enero, lo que ocurre es que normalmente suele venir acompañada de otros datos, indicios y pruebas que la corroboren. Por ello, bien practicadas las declaraciones del agente encubierto pueden ser valoradas como la prueba principal o de cargo que enerve la presunción de inocencia pero como decimos, producto de la infiltración, en el acervo probatorio también encontraremos otros indicios o pruebas que la corroboren como podemos observar en más reciente jurisprudencia del alto tribunal como STS 277/2016, de 6 de abril que dice textualmente *“aquí estamos ante una prueba directa (manifestaciones del agente encubierto) respaldada por el contexto (que sería prueba indiciaria corroboradora). Pero no estamos ante exclusiva prueba indiciaria...”*, la STS 250/2017, de 5 de abril en la cual la testifical es una prueba fundamental porque se expone que *“El agente encubierto ha relatado pormenorizadamente todos estos encuentros”*, la STS 502/2017, de 3 de julio o la STS 104/2019, de 27 de febrero que dice que *“el valor probatorio de su testimonio no resulta*

⁶⁶⁸ Aunque en la doctrina existen voces que consideran que los testimonios del agente encubierto por sí solos no pueden desvirtuar la presunción de inocencia, para conseguir vencerla es necesario que existan otros medios probatorios válidos tal parecer es el que comparten CARDOSO PEREIRA, N., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, op. cit..., p. 429 y MARTÍN ANCÍN, F., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 39.

de las actas levantadas, sino de la verosimilitud de su testimonio en la medida en que su contenido esté adverado por el conjunto de la actividad probatoria''.

Queremos decir que, normalmente lo que ocurre es que la prueba testifical del agente encubierto siempre se encuentra acompañada de otros datos, indicios y pruebas que pueden dimanar o no de las actas entregadas por el agente encubierto, porque recordemos que lo contenido en actas en sí mismas constituyen una prueba documental, servirán para enervar la presunción de inocencia y declarar, si procede, la culpabilidad de los acusados.

Aclarar que, los otros datos, indicios y pruebas complementan o corroboran a la prueba testifical del agente encubierto y que gracias a tal acervo se enerva la presunción de inocencia, nos referimos específicamente a las grabaciones de las reuniones mantenidas por el agente encubierto con los acusados o las fotografías aportadas por el mismo como podemos apreciar en la STS 104/2019, de 24 de febrero en la que se expone que *''la práctica de la grabación es una medida complementaria a la exigencia de la dación en cuenta de la actividad diaria que lleva a cabo para cumplir la labor de control quincenal que se lleva a cabo''* y que *''Lo importante es lo que declaró el agente encubierto, ya que resulta evidente que después de una intervención prolongada en el tiempo con multitud de reuniones haciéndose pasar por uno más de los integrantes del grupo...aunque valdría por sí mismo exponer lo que se ha escuchado resulta evidente que puede ser complicado recordar con detalle con quién estuvo reunido''*, también en la SAP de Madrid 605/2018, de 5 de noviembre que expone *''Y en cualquier caso dando por cierta su participación en las reuniones, únicamente contamos con su testimonio para saber de su contenido...únicamente contamos con transcripciones de ciertas comunicaciones y con las fotografías de la maleta''*.

También, las escuchas telefónicas, los mensajes de correo electrónico, SMS, *''pantallazos''* de las conversaciones en chats privados: También refuerzan y corroboran la testifical del agente encubierto. En primer lugar, sobre las escuchas telefónicas, debemos decir que nuestro TS en algunas ocasiones las valora como una prueba de cargo, principal y que por sí sola desvirtúa la presunción de inocencia, lo que nos parece razonable porque, en puridad el agente encubierto debe solicitar autorización judicial para poder intervenir las comunicaciones, esto podemos observarlo en la STS 575/2013, de 28 junio. En cuanto a los mensajes de correo electrónico y los SMS ayudan muy especialmente a enervar la presunción de inocencia cuando de la lectura de los mismos

se desprende que existe una organización criminal que prepara o está perpetrando ilícitos como ocurrió en la STS 591/2018, de 26 de noviembre, lo mismo que ocurre con los ``pantallazos`` de las conversaciones que se mantienen por chats privados, en los que incluimos los canales cerrados de comunicación en la red en el caso del agente encubierto informático.

También corroboran y refuerzan la testifical del agente encubierto las declaraciones del agente cobertura o de enlace así como las declaraciones de los miembros del equipo de investigación que se ocupaban de controlar la operación encubierta. Debido a que se trata de otros funcionarios policías que no han estado dentro de la organización criminal, por cuanto no se han infiltrado, pero conocen desde el principio la operación y las actuaciones del agente encubierto y esto evita que el agente encubierto modifique sus testimonios en sala, o de cambiar su relato, estos agentes podrán ponerlo de relieve ante el tribunal. Esto lo podemos observar en abundante jurisprudencia como en la STS 575/2013, de 28 de junio que dice *``el testimonio del agente encubierto y, sobre todo, la declaración de los agentes encargados de la vigilancia de la entrega de la droga permitió a la Audiencia concluir el juicio de autoría.``*, o la STS 104/2019, de 27 de febrero *``...su largo relato ha sido corroborado,... por el resto de la testifical, especialmente de los agentes de los Mossos d'Esquadra que, desde fuera del grupo, estaban al tanto de sus movimientos y contactos``*. Pues bien, ante el tribunal que haya de dilucidar la causa normalmente tanto el agente de cobertura y de enlace como los miembros del equipo de investigación suelen explicar las causas que motivaron la infiltración⁶⁶⁹, exponen las vías que utilizaron para realizar las comunicaciones entre el agente encubierto y el agente de enlace o cobertura así como con el equipo investigador, clarifican todas las cuestiones que puedan dar lugar a confusión⁶⁷⁰ y sobre todo sirven para descartar que se ha provocado el delito⁶⁷¹.

Es necesario detenerse en la importancia de que no se produzcan contradicciones entre las declaraciones del agente encubierto y las declaraciones que realicen otros

⁶⁶⁹ Como podemos apreciar en la SAP de Madrid 118/2021, de 9 de marzo que declaró el Guardia Civil responsable del equipo de investigación explicando las actuaciones llevadas a cabo antes de solicitar al Juez de instrucción que autorizara un agente encubierto.

⁶⁷⁰ Hablamos de que normalmente se le suele preguntar sobre las sustancias estupefacientes: el peso, la pureza etc... como ocurre en la STS 277/2016, de 6 de abril en la que precisamente se les pregunta sobre el gramaje de la droga y sobre su calidad o pureza.

⁶⁷¹ Como podemos observar en la STS 250/2017, de 5 de abril en la que la declaración del agente responsable del equipo de investigación hace que el tribunal disipe toda duda sobre si se provocó el delito, porque explica la actuación llevada a cabo por el agente encubierto que no provoca ningún delito.

testigos o bien que los acusados no den explicaciones convincentes porque esto también reforzarían la testifical del agente encubierto. Las declaraciones de terceras personas que avalan y comparten el mismo sentido con los testimonios expresados en sala por el agente encubierto ayudan a convencer al juzgador como podemos observar en la SAN 6/2015 de 9 de abril de 2018 que dice *“la versión de los hechos proporcionada por el agente encubierto... resultó ser coincidente con la versión de los hechos que a mediados de marzo de 2015 proporcionó a los agentes, desde el entorno de los investigados, el testigo protegido NUM044, tanto en su declaración policial como en su posterior declaración en el plenario, corroborando, aunque con menos rigor por el testigo protegido NUM045”*. Por supuesto, que los acusados no sean capaces de aportar explicaciones convincentes para rebatir las declaraciones del agente encubierto también será valorado por el tribunal que haya de dilucidar la causa porque la falta de explicaciones razonables de los acusados o sus explicaciones no razonables refuerza los argumentos del agente encubierto como ocurrió en la SAN 6/2015 de 9 de abril de 2018 que dice *“Pero, es más, frente a las versiones de lo que el agente expuso en sus actas y después narró en el plenario, los acusados, en el ejercicio de sus derechos, bien han negado llevar a cabo las actividades que el agente mencionó o, simplemente, no han contestado; sin embargo, ninguno de ellos ha ofrecido una versión o explicación plausible de lo declarado por aquél en su contra”*.

Por último, refuerzan la prueba testifical del agente encubierto las sustancias estupefacientes intervenidas, las mercancías ilícitas así como el material ilícito por razón de su contenido ya sea en soporte físico o electrónico. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar de nuevo en la STS 104/2019, de 27 de febrero en la que se incauta material yihadista ya que se encontró un *“Manual de reclutamiento de Al Qaeda”* lo que reforzó la declaración del policía encubierto sobre la responsabilidad penal de los acusados.

En conclusión, nosotros consideramos acertado que el testimonio del agente encubierto pueda ser considerado como una prueba de cargo suficiente como para enervar por sí misma la presunción de inocencia, porque estamos ante un profesional que vivió en primera persona lo acontecido, no estamos ante un confidente o arrepentido, no estamos ante una víctima, y si no se ha corrompido tampoco ante un coimputado, el juez podría fundar una sentencia condenatoria en la testifical del agente encubierto si tras valorarla en conciencia la considera suficiente para enervar la presunción de inocencia. Lo que ocurre en la práctica, a la luz de la jurisprudencia que se ha ido exponiendo, es

que producto de la infiltración el agente encubierto siempre se han aportado a la causa otros datos, indicios y pruebas inculpatorias que también son valorados y sirven para formar la convicción del juzgador. De esta forma, el agente encubierto, sí que podrá tener una visión sesgada o parcial de los hechos, su propia visión, como puede ocurrirle a cualquier otro testigo que ha vivido la vorágine delictiva de una organización criminal, pero ello, no obstaría que pueda ser considerado como prueba de cargo única vertebradora de la sentencia condenatoria, aunque esto, como se ha explicado, no suele ocurrir en la práctica como hemos podido analizar en la jurisprudencia expuesta, amén de que siempre existen otros datos, indicios y pruebas. Su testimonio, por tanto, es valorado en confrontación con las demás pruebas practicadas y válidas que obren en la causa y por sí mismo, por sí solo no suele desvirtuar la presunción de inocencia de los enjuiciados.

-De la prueba pericial o policial de inteligencia

Claramente, si se considerase la prueba que emana del agente encubierto como una prueba pericial, entraría en el proceso con una fuerza convictiva muy potente, más que una prueba documental o testifical al uso y esto a pesar de que en el proceso penal, como ya hemos puesto de relieve impera el principio de libre valoración de la prueba. Si se considera prueba pericial o policial de inteligencia el Juez le aportaría más peso en su valoración porque todos los aspectos contenidos en los informes, que en este caso serían las actas, no serían valorados libremente sino que se les tiene que aportar un plus de credibilidad dada la persona o personas que los han creado y han dado ``fe`` de lo allí acontecido y expresado documentando una realidad objetiva en las actas y por ello, tendrían un plus de fuerza probatoria.

Es cierto que el Juez, existiendo varios testimonios dará una mayor fiabilidad a lo aportado y a los testimonios del agente encubierto que a otras aportaciones o testigos pero no es un perito ni es un agente del CNI, como ya expusimos. Pensamos que no es apropiado considerar la prueba que emana del agente encubierto una prueba pericial o policial de inteligencia. No es conveniente equiparar las actas que crea el agente encubierto con informes periciales porque estamos ante una figura, la del agente encubierto, que siempre es excepcional, que cuesta encajar y cohonestar debidamente en el proceso penal. También porque la llamada pericial o policial de inteligencia es un nuevo medio probatorio acuñado jurisprudencial y doctrinalmente sobre el que existe un latente debate también doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza y valor probatorio:

si estamos ante una prueba documental o pericial algo que finalmente dependerá del contenido de los informes creados por la policía judicial, si tienen un corte más científico o no, si incluyen por ejemplo informes de grafología, dactiloscopia, balística etc... que el tribunal que haya de dilucidar la causa pueda no entender o poder interpretar por sí solo⁶⁷². Plantearnos esta posibilidad sería añadirle un plus de complejidad procesal al valor de la prueba que emana del agente encubierto y a su tratamiento en el proceso penal.

GASCÓN INCHAUSTI determina, sobre la actividad a través de la cual se ponen los hechos en conocimiento al juzgador en un proceso en el que ha existido un agente encubierto que *“no existe un único medio de prueba idóneo a tal fin: todo dependerá de las fuentes de prueba a las que haya permitido acceder la infiltración policial”*⁶⁷³ pero consideramos que este nuevo medio probatorio sería el menos indicado por el debate latente que existe y por el resto de motivos expuestos.

4.1.3. Prueba ilícita, prueba prohibida y nulidad probatoria

De nuevo, a pesar de que en el proceso penal encontramos el principio de libertad probatoria por el cual, dentro del proceso penal se permite probar de todo prácticamente mediante cualquier medio, existen límites: las pruebas ilícitas o prohibidas.

Según CALAZA LÓPEZ la prueba ilícita es la que se ha obtenido, custodiado o incorporado al proceso vulnerando la legalidad ordinaria. La prueba prohibida es la que ha sido obtenida directa o indirectamente con la vulneración de derechos o libertades fundamentales, que debe ser nula, a ella se refiere el art. 11 de la LOPJ.⁶⁷⁴ Mientras que las pruebas ilícitas pueden subsanarse las pruebas prohibidas serán nulas y por ello carecerán de eficacia dando lugar también a la ineficacia de todos los actos posteriores que se sustenten en la misma, donde toda la cadena probatoria será nula.

Así, la inobservancia o incumplimiento de alguno de los apartados del art. 282 BIS LECrim puede dar lugar a que se obtengan pruebas pero vulnerando derechos fundamentales, estas pruebas, como no puede ser de otra manera: están prohibidas y

⁶⁷² La explicación sobre el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la prueba pericial o policial de inteligencia en el proceso penal la explico más profundamente en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., Los *“Informes policiales de inteligencia”* como prueba en el proceso penal *op. cit...* pp. 5-18, al cual nos remitimos.

⁶⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, *op. cit...* p. 263.

⁶⁷⁴ CALAZA LÓPEZ, S., *“El juicio oral”*, *op. cit...* p. 483.

deben de excluirse cuando se fundamente la sentencia. Las mismas no pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal que juzgue la causa y han de quedar fuera del proceso, aunque existan. De esta forma, la prueba será prohibida y por lo tanto nula cuando el agente encubierto haya vulnerado algún derecho fundamental para obtenerla, esto sucederá en desarrollo de sus investigaciones cuando no se soliciten las autorizaciones judiciales que se prevén en el art. 282 BIS LECrim apartado tercero, sexto y séptimo, o bien cuando habiéndola solicitado no se haya concedido y aun así el agente encubierto haya actuado como si la tuviese. Lo que podemos observar que realmente sucede en la práctica es que dada la inmediatez de las actuaciones encubiertas, el día a día de las organizaciones criminales, en muchas ocasiones no siempre se solicita dicha autorización o si se solicita no tiene la suficiente inmediatez que requiere la actuación y en esos casos se plantea el problema de la validez probatoria de las actuaciones del agente encubierto en virtud del art. 11.1 LOPJ que impide valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. No pueden cometer excesos en el alcance que tenga su cometido profesional. Si el agente encubierto vulnera uno o varios derechos o libertades fundamentales provocará la nulidad de la propia actuación probatoria prohibida como de las que le siguen cuando resulten inescindibles.⁶⁷⁵

De esta forma, hoy en día de acuerdo a la legislación vigente, art. 282 BIS apartados tres, seis y siete, si el agente encubierto entra en un domicilio sin haber obtenido la autorización judicial pertinente, las grabaciones de sonido y/o imagen que haya captado el agente encubierto: grabaciones de conversaciones, grabaciones de vídeo, fotografías, la transcripción de las conversaciones producto de la interceptación de las comunicaciones sin autorización judicial previa. Debe ser nulo todo el material probatorio que se recabe como fruto de dicha entrada y registro, incluidos los hallazgos casuales, las imágenes que hubiese tomado, las grabaciones de voz o vídeo entre los investigados y el agente encubierto aun cuando se desarrollen en un domicilio al que le han invitado a entrar.

Por supuesto, si se estima que el agente encubierto ha provocado el delito dicha prueba es ilícita, esto ha sido analizado por la doctrina alemana de ROXIN⁶⁷⁶ que

⁶⁷⁵ En virtud de la teoría estadounidense que se conoce como “frutos del árbol envenenado” y que determina que toda actividad probatoria que tenga su origen o traiga causa del mismo acto en el que se violentó un derecho o libertad fundamental (el árbol envenenado) solo arrojará medios probatorios nulos por cuanto también portan veneno. De ningún árbol envenenado nacen frutos sanos.

⁶⁷⁶ ROXIN, C. citado en PEREZ ARROYO, M. R., “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal”, *op.cit.*, p.7

establece que el Estado no podría llegar a castigar a quien él mismo ha llevado a cometer el delito se produciría la aplicación del principio *``venire contra factum proprium``*. Además, aquellas pruebas conseguidas mediante la provocación por parte del agente encubierto también son pruebas prohibidas.

Es necesario aclarar que los datos, indicios y pruebas que haya recabado la policía judicial en los contactos previos con la organización criminal y sin que todavía se hubiese obtenido autorización judicial para realizar una operación encubierta, no serían pruebas prohibidas siempre que se hayan recabado sin vulnerar los derechos fundamentales de los sospechosos. Además, las STS 10329/1995, de 30 de mayo determina que, cuando en la causa obren otras pruebas legales que no han sido contaminadas además de la prueba prohibida que nace del agente encubierto sí que podrán ser tenidas en cuenta y valoradas y servirán para enervar la presunción de inocencia. Nosotros también consideramos que serían legales las pruebas obtenidas en la investigación de delitos para los que, en virtud del art.282 BIS LECrim apartado cuarto no pueden ser investigados con agente encubierto siempre que se trate de delitos asociados o que se desarrollan a la par que los delitos para los que sí puede ser autorizado el agente encubierto y el mismo no haya vulnerado ningún derecho fundamental en su obtención.

Por otra parte, si la conducta del agente encubierto trasgrediera la legalidad, su testimonio no debería ser tenido en cuenta y valorado por el juzgador como prueba porque estaría viciada y sería ilegal. El agente encubierto podría pasar a ser un coimputado y no un testigo en el juicio oral.

Todo lo cual, consideramos que en una causa con agente encubierto es más sencillo que se estime la nulidad probatoria amén de lo expuesto, algo que puede dejar de ser garantista y convertirse en peligroso, porque realmente el agente encubierto realiza una actuación casi heroica en la mayoría de los casos para conseguir medios probatorios suficientes como para acusar y poder juzgar a los sospechosos, las absoluciones judiciales a causa de la nulidad de las pruebas se producen con mucha asiduidad y ciertamente dan lugar a situaciones de acuerdo a derecho pero injustas.

4.1.4. Descubrimientos y hallazgos casuales del agente encubierto. El uso de los medios probatorios conseguidos por el agente encubierto en otro proceso

El agente encubierto puede ser autorizado para investigar los delitos previstos en el apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim porque existan los suficientes indicios de criminalidad que hacen pensar que se podrían estar perpetrando los mismos o alguno de ellos por tres o más personas de forma permanente o reiterada. Lo que ocurre es que, al igual que cuando se autorizan otras medidas de investigación como por ejemplo, intervenir las comunicaciones telefónicas, puede que en el transcurso de la investigación se descubra de manera casual que se están perpetrando otros delitos desplegándose varios escenarios en función de los delitos y de los supuestos autores, puede ocurrir:

- Que el agente encubierto descubra nuevos delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim apartado cuarto que están siendo perpetrados por la misma organización criminal que estaba investigando.
- Que el agente encubierto descubra delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim apartado cuarto que están siendo perpetrados por una organización criminal distinta de la que estaba investigando.
- Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto por la misma organización criminal que estaba investigando.
- Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto perpetrados por una organización criminal distinta de la que estaba investigando.
- Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto pero que no estén siendo perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, es decir, que no se están asociando tres o más personas para perpetrar esos delitos, sino que el agente encubierto descubre a una o dos personas perpetrándolos.
- Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto y que no estén siendo perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, es decir, que no se están asociando tres o más personas de forma permanente o reiterada para ejecutarlos.

Pues bien, a la luz de la regulación legal actual, en todos los supuestos el agente encubierto debería informar inmediatamente al agente de enlace o cobertura y que este

informase al equipo de investigación y a la Unidad de Agentes Encubiertos, que todo ello quedase debidamente recogido en las actas que debe realizar el agente encubierto de tal forma que el juez de Instrucción tenga constancia de ello.

Así las cosas, esas situaciones hacen que nos preguntemos sobre varios aspectos nucleares de esta medida de investigación: en primer lugar sobre la autorización judicial, sobre la necesidad o no de abrir un nuevo proceso penal, sobre si se puede o no seguir investigando con agente encubierto y por último, sobre la validez de las pruebas que pudieran recabarse. Abordemos la explicación de las distintas situaciones según lo previsto en el art. 282 BIS y la literatura dogmática:

A) Descubrimientos y hallazgos casuales

-En el supuesto de que el agente encubierto descubra nuevos delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim apartado cuarto que están siendo perpetrados por la misma organización criminal que estaba investigando algo que ocurre con mucha frecuencia cuando el agente encubierto se infiltra totalmente en la organización criminal. Se pondrá en conocimiento del Juez de Instrucción que autorizará su investigación con el mismo agente encubierto que estaba investigando y si son delitos conexos se podrían conocer en una misma causa en virtud del art. 17 LECrim pudiéndose crear otra pieza. Si no fuesen delitos conexos entonces se debería abrir otro proceso penal y normalmente el Juez de Instrucción valoraría si un solo agente encubierto puede investigarlos o si por el contrario convendría más autorizar a otro agente dependiendo de la complejidad de la trama, si no se autorizara a otro agente encubierto, el primero podría acudir a ese otro proceso, de forma que estaríamos ante el uso de los medios probatorios conseguidos por el agente encubierto en otro proceso y el agente encubierto acudiría a testificar a otro proceso.⁶⁷⁷

Sobre lo expuesto, creemos que al ser delitos previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto de la LECrim no sería necesario que el Juez de Instrucción dictase otro auto en el que se autorice expresamente al agente encubierto a investigarlos, porque ya constaría un primer auto que autoriza al agente encubierto en el proceso, pero autores como NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ⁶⁷⁸ no siguen esta línea de pensamiento sino que consideran que

⁶⁷⁷ Como podemos observar en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... pp.267-270.

⁶⁷⁸ NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador, en *Anuario de derecho penal*, op. cit... pp. 128-129.

el Juez de Instrucción sí que debería dictar otro auto para autorizar al agente encubierto a investigar esos nuevos delitos descubiertos, a pesar de que se encuentren en la lista *numerus clausus* del art. 282 BIS y a pesar de que ya se haya dictado un auto autorizando a un agente encubierto a investigar delitos de esa misma lista.

-Que el agente encubierto descubra delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim apartado cuarto que están siendo perpetrados por una organización criminal distinta de la que estaba investigando. En este supuesto, LAFONT NICUESA⁶⁷⁹ considera que no es necesaria una nueva autorización judicial porque el agente encubierto ya estaba autorizado previamente para actuar y que bastaría con informar al Juez de Instrucción, considera que una única autorización judicial basta, aunque sea una organización criminal distinta porque sigue siendo delincuencia organizada, aunque sean personas distintas las que van a ser investigadas. Y cree que no se debería abrir otro proceso advirtiendo motivos de economía procesal.

No estamos de acuerdo, creemos que en el momento en que se informa al Juez de Instrucción, éste con toda la información que obre en su poder decidirá si ese agente encubierto puede cubrir, abarcar la investigación de dos organizaciones criminales o si por el contrario sería necesario autorizar a otro agente encubierto y también por los mismos motivos decidirá sobre abrir otro proceso judicial distinto, también atendiendo a la conexidad o no de los delitos. Nosotros consideramos que se debería dictar otro auto autorizando a investigar a esas otras personas que pertenezcan a una organización criminal distinta. También pensamos que se debería abrir otro proceso penal distinto para ventilar la supuesta responsabilidad penal de los miembros de otra organización criminal, porque el agente encubierto habría investigado a personas distintas a las que *in primis* se le autorizó.⁶⁸⁰

Lo expuesto, nos parece lo más razonable para no crear macrocausas, teniendo en cuenta que las organizaciones criminales pueden vincular a muchas personas que cometen distintos delitos, y creemos que quizá lo más acertado sea abrir otra causa, otro proceso penal distinto porque lo más probable sea que, como hemos expuesto y debido a la gran complejidad que entraña investigar la delincuencia organizada, se haya autorizado a otro

⁶⁷⁹ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 229 y ss.

⁶⁸⁰ Así lo considera también DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 31.

agente encubierto.⁶⁸¹ Pensamos que las pruebas que haya recabado el agente encubierto en esos hallazgos casuales, a pesar de no haber obtenido autorización judicial expresa para investigarlos y que se trate de otra organización criminal sí que son válidas y pueden ser tenidas en cuenta en otro proceso porque entran dentro del ámbito de actuación del agente encubierto.

-Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto LECrim por la misma organización criminal que estaba investigando. En este caso, tras ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, creemos que lo conveniente es que se abstenga de continuar investigando⁶⁸² y esperar que el Juez de Instrucción decida qué diligencias de investigación autorizar para poder investigar legalmente esos supuestos ilícitos, ese aviso al Juez de Instrucción tiene valor de denuncia. No será necesario abrir otro proceso penal si los investigados son los mismos cometiendo ilícitos diferentes, pero el agente encubierto no puede ser autorizado para investigar delitos distintos a los recogidos en la lista *numerus clausus* del art. 282 BIS apartado cuarto LECrim porque de hacerlo, las pruebas obtenidas serían ilícitas. Se podrían autorizar otras medidas de investigación para conseguir investigar esos delitos que hoy por hoy escapan del ámbito de actuación del agente encubierto, delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto LECrim.

Pero sobre esto existen criterios muy dispares en la doctrina porque LAFONT NICUESA⁶⁸³ determina que a pesar de que no sean delitos que pueda investigar el agente encubierto (los del art. 282 BIS apartado cuarto LECrim) si son conexos se podría solicitar al Juez una extensión de la autorización a pesar de no estar en la lista *numerus clausus*, este autor dice que se tienen que investigar por el agente encubierto los delitos no previstos en el art. 282 BIS LECrim siempre que sean conexos con otros que sí que se encuentren en la lista del apartado cuarto del 282 BIS LECrim porque también existe una

⁶⁸¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit...p.343 también comparte esta opinión, si un agente encubierto descubre que otra organización criminal está perpetrando delitos previstos en el art. 282 BIS lo más usual es que se autorice a otro agente encubierto distinto y se abra otro proceso penal para sustanciar y ventilar dicha causa.

⁶⁸² LAFONT NICUESA L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 230 y DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 31comparten este parecer.

⁶⁸³ LAFONT NICUESA L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p.229.

supervisión judicial⁶⁸⁴ para otros autores basta con que sean delitos meramente relacionados, tal es el pensamiento de NUÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ⁶⁸⁵.

-Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto perpetrados por una organización criminal distinta de la que estaba investigando. De nuevo consideramos que el agente encubierto tiene que ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción absteniéndose inmediatamente de continuar investigando dichos ilícitos, esa información por la que se comunique al Juez de Instrucción esos hallazgos casuales tiene el valor de denuncia, tras ello el agente encubierto no puede continuar investigándolos sino que debe ponerse a la espera de que el Juez de Instrucción decida qué otras medidas investigación adoptar, como además en este caso se trata de personas distintas que pertenecen a una organización criminal diferente para la que el agente encubierto fue autorizado a investigar, se suele abrir otro proceso penal donde éstos sean los investigados y donde se adopten las medidas de investigación legales y pertinentes y así conseguir llegar a ventilar sus responsabilidades.⁶⁸⁶ Las pruebas obtenidas por el agente encubierto de esos otros delitos no previstos en el art. 282 BIS LECrim actuado de la forma descrita anteriormente serán válidas porque en puridad, las descubrió un policía.

-Que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto pero que no estén siendo perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, es decir, que no se están asociando tres o más personas de forma permanente o reiterada para perpetrar esos delitos, sino que el agente encubierto descubre a una o dos personas que los están cometiendo. En este caso el agente encubierto debe ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, lo que tendrá el valor de denuncia y el Juez de Instrucción no podrá autorizar al agente encubierto para investigar dichos delitos, se deberían de autorizar otras medidas de investigación y abrir un nuevo proceso penal distinto para enjuiciar ese delito o delitos que no está siendo cometido en el seno de la

⁶⁸⁴ El Fiscal llega a decir expresamente *“se investiga junto a crímenes graves y la técnica de la infiltración seguirá siendo idónea”* de lo contrario para él se vulnera el principio de economía procesal, en LAFONT NICUESA, L. *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 232.

⁶⁸⁵ NUÑEZ PAZ, M., y NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., *“Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”*, op. cit...pp. 267-270.

⁶⁸⁶ Autores como GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p. 271-272, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit...p. 341 o DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 31 comparten este criterio que exponemos.

delincuencia organizada, si el agente encubierto aportase pruebas de dichos delitos no serían válidas en derecho porque no puede investigar esos ilícitos que no sean cometido con la asociación de tres o más personas que de forma permanente o reiterada realicen conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos a la luz de la regulación vigente.

-Y el último escenario que nos planteamos en cuanto a los descubrimientos y hallazgos casuales del agente encubierto sería que el agente encubierto descubra que se están perpetrando delitos no previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto y que no estén siendo perpetrados en el seno de la delincuencia organizada, es decir, que no se están asociando tres o más personas para ejecutarlos. En ese caso, de nuevo y como siempre en primer lugar hay que ponerlo en inmediato conocimiento del Juez de Instrucción, dicha comunicación volverá a tener valor de denuncia. Porque si el agente encubierto siguiese investigando sin haber comunicado dichos acontecimientos al Juez de Instrucción o habiéndolo hecho no haya cesado su actividad sino que ha continuado investigando y recabando pruebas, las mismas, no serían válidas, serían pruebas ilícitas porque se han recabado vulnerando la legalidad y no podrían ser tenidas en cuenta por el Juez que haya de dilucidar la causa. El Juez de Instrucción debería autorizar las medidas de investigación que considere más oportunas y abrir un nuevo proceso penal porque no se puede investigar mediante agente encubierto delitos no perpetrados en el seno de la delincuencia organizada y además que tampoco estén en el apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim.

B) El uso de los medios probatorios en otro proceso

Pues bien, pasemos ahora a hablar específicamente sobre uso de los medios probatorios conseguidos por el agente encubierto en otro proceso, consideramos que sí que es posible utilizar las actas que crea el agente encubierto y que el propio agente encubierto acuda a testificar a otro proceso cuando haya investigado delitos previstos en el art. 282 BIS LECrim que estén siendo juzgados en otros procesos por haber sido cometidos por una organización criminal distinta a la que había sido autorizado para investigar, así lo piensa también GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO⁶⁸⁷ porque

⁶⁸⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, op. cit... pp. 249-250.

se seguiría respetando el ámbito de actuación del agente encubierto: la delincuencia organizada y dentro de la misma, solo los delitos previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto LECrim y pudiendo ser autorizado un agente encubierto para investigarlos.

También hemos de tener en cuenta la posibilidad de utilizar la prueba testifical que emana del propio agente encubierto en otro proceso. Aquí, de nuevo, existe un debate doctrinal porque autores como SANSÓ-RUBERT⁶⁸⁸ consideran que esto no sería posible de haber comparecido en primer lugar en otro proceso como testigo, si esto ocurre ``se queman´´. Nosotros no compartimos tal criterio, es cierto que entrañaría un mayor riesgo pero si en ambos procesos se cumplen las previsiones legales: conservar su identidad supuesta, referirse al mismo y citarle con su el nombre genérico o en clave o con el código numérico o alfanumérico que se le ha asignado para protegerle así como establecer los medios físicos en sala que eviten la confrontación visual, es decir que se le aplique la LOPTP o que su declaración se realice por videoconferencia, entonces se podría volver a utilizar en otro proceso.

A pesar de lo expuesto, esto es bastante complicado que ocurra en la práctica: un mismo funcionario policía no suele ser autorizado para hacer de agente encubierto en dos operaciones distintas de manera simultánea, dada la complejidad de esta labor. Otros autores como DEL POZO PÉREZ⁶⁸⁹ también niegan que sea posible la utilización de la prueba testifical del agente encubierto en otro proceso distinto porque el agente encubierto es una medida de investigación excepcional que se autoriza atendiendo a la proporcionalidad, es decir, con una especialidad que no tendría cuando se le lleva a otro proceso.

Lo que sí que podría suceder que el agente de policía decidiese, una vez finalizado todo el proceso se postulase para protagonizar otra operación encubierta pero lo haría mucho tiempo después, por la intensidad de esas actuaciones y además en una organización criminal que no tuviese que ver en nada con la anterior que ayudó a desarticular, porque de lo contrario correría más riesgo que de infiltrar a un nuevo agente.

Por último, sobre todo esto decir que el anteproyecto de LECrim 2020 en su art. 500 determina que si se trata de delitos distintos para los que el agente encubierto había sido

⁶⁸⁸ SANSÓ-RUBERT, D., *El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*, op. cit... p.223.

⁶⁸⁹ DEL POZO PÉREZ, M., ``El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española´´, op. cit... p. 320.

investigado o si se trata de distintas personas de las que estaban siendo investigadas, el agente encubierto tiene que recabar una nueva autorización judicial, el Juez de Instrucción tiene que pronunciarse sobre cada uno de ellos aclarando dicha cuestión de la misma forma también para el agente encubierto informático en su art. 512. Pero se pierde la oportunidad de determinar qué hacer con los medios probatorios recabados antes de haber obtenido tal autorización judicial o de los obtenidos tras haber informado al Juez de Instrucción y haber seguido investigando.

4.2. LÍMITES DE LA PRUEBA TESTIFICAL DEL AGENTE ENCUBIERTO

Habiendo explicado en el apartado anterior la prueba documental que pueden conformar los contenidos de las actas del agente encubierto y la prueba testifical que emana de la propia figura del agente encubierto, es necesario, detenernos ahora específicamente en los límites de la prueba testifical del agente encubierto que consisten en no llegar a vulnerar o violentar los principios del proceso penal así como los derechos y las garantías de los acusados, por ello, en este apartado analizamos cómo afectarían sus testimonios, su presencia en el juicio oral a los principios del proceso penal, a los derechos y garantías de los acusados. Explicamos cómo los principios del proceso penal, los derechos y garantías de los acusados podrían verse limitados o afectados por la prueba testifical del agente encubierto ya que, como decimos el otro gran límite del agente encubierto, en este caso de su prueba testifical, es respetar los principios del proceso penal, los derechos y garantías de los acusados.

Por medio del proceso no se puede obtener la verdad a toda costa, sin importar los derechos, las garantías que tanto del agente encubierto como de los acusados se puedan llegar a vulnerar, tampoco de los principios del proceso penal y por tanto, de la sociedad en general. Estamos ante la yuxtapuesta del binomio eficacia del *e versus* respeto de los principios del proceso penal, garantías y derechos fundamentales del imputado porque necesitamos de un proceso penal justo para todos, para la sociedad.

Como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 5/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves ``*los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en*

el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se trata de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.’’

Sin embargo, dada la dificultad que existe para investigar las organizaciones criminales y luchar contra la delincuencia organizada no podemos dejar pasar, ni minusvalorar, la prueba testifical del agente encubierto, el Estado debe protegerle para que acuda al plenario. Así, debemos tener presente que el art. 282 BIS LECrim en su apartado segundo permite a los agentes encubiertos mantener su identidad falsa cuando testifiquen el el proceso que emane de la investigación en la que han participado y que también se les pueda aplicar lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, es decir en la LOPTP, esto es crucial porque dichas protecciones impactan, limitan y afectan a los principios del proceso penal así como a los derechos y garantías de los acusados. Aquí, es necesario resaltar que el propio art. 282 BIS establece que el Juez deberá motivar mantener dicha identidad, mantener la protección especial de este testigo protegido justificándola, motivándola, explicándole a las partes su decisión porque, como explicaremos, afectarían y limitarían a los principios probatorios presentes en el juicio oral a los derechos y garantías del acusado.⁶⁹⁰

Defendemos la idea de que si el agente encubierto mantiene su identidad ficticia durante las sesiones de juicio oral y además se le aplica la LOPTP y es protegido como cualquier otro testigo protegido en España esto en algunas ocasiones incluso podría llevar a vulnerar o violentar los principios del proceso penal así como los derechos y garantías de los acusados, como expondremos en los siguientes apartados. Mantenemos la idea de que la doble protección que prevé la LECrim para los agentes encubiertos durante las

⁶⁹⁰ Autores como CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, ed. Civitas, Pamplona, 2009, pp. 80-81 también consideran que la decisión de mantener la protección al testigo protegido en el plenario, en este caso mantener la identidad falsa del agente encubierto cuando vaya a declarar debe de estar motivada. DELGADO MARTÍN, J., *‘‘El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto’’*, op. cit... p. 23. considera que se debe mantener la identidad ficticia incluso una vez terminado el proceso penal para seguir garantizando su seguridad.

sesiones orales del proceso⁶⁹¹ afectaría y limitaría a los principios del proceso penal así como a los derechos y garantías de los acusados, como veremos.

Realmente, con la delincuencia organizada el Estado se encuentra ante el gran problema de no poder investigar por cauces normales y ante la necesidad de acudir a la falsedad, ocultación y al sigilo, ALFONSO RODRÍGUEZ añade que *“el testimonio secreto es el reflejo de la incapacidad del Estado para investigar, acusar, juzgar y sentenciar a las personas infractoras de la ley penal por los cauces normales”*⁶⁹²

4.2.1. El respeto de los principios del proceso penal durante el juicio oral

Principios del proceso penal que podrían verse limitados o afectados por la prueba testifical del agente encubierto

Las pruebas se practican durante las sesiones orales o plenarias del proceso que se encuentran presididas por los principios de oralidad, inmediación, contradicción, concentración y publicidad, esto es así porque el proceso penal invade los derechos fundamentales de la libertad, la intimidad, la imagen, el honor, la dignidad... Produce un temor potencial a ser condenado que debe ser combatido a través de las pruebas: de forma que si el agente encubierto no acude al juicio oral su testimonio no será sometido a los principios básicos probatorios de oralidad, inmediación y publicidad desaprovechando una prueba contra la delincuencia organizada: la testifical del encubierto.

Así, como explicamos, hoy en día el agente encubierto puede acudir al juicio oral como testigo protegido porque no se acepta su ausencia por motivos de seguridad ni porque acuda en su lugar otro policía, por eso, asumiendo la presencia del agente encubierto en sala consideramos que se tiene que hacer una ponderación por el órgano juzgador de los principios que se verán matizados o limitados para conseguir punir los delitos perpetrados en el seno de las organizaciones criminales y de esta forma satisfacer el interés público que persigue el proceso penal.

⁶⁹¹ Con doble protección nos referimos a la posibilidad de poder mantener su identidad ficticia y además ser tratado como un testigo protegido, es decir aplicarle la LOPTP y las medidas que no se encuentran previstas en la misma pero que hoy en día se utilizan en España para proteger a los testigos, como por ejemplo, la posibilidad de declarar a través de videoconferencia o distorsionar su voz.

⁶⁹² ALFONSO RODRÍGUEZ, O., *La ineficacia probatoria del testimonio secreto*, ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1996, p.15.

Como hemos puesto en varias ocasiones de manifiesto, el interés del Estado, el derecho penal y procesal en castigar los delitos cometidos por las organizaciones criminales es directamente proporcional con la gravedad de los mismos, esto da lugar a situaciones especiales dentro del proceso que limitan y afectan a sus principios más básicos, expongámoslo:

A) Principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en los artículos 9.3 y 10 de la CE

El principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos significa que todos los poderes públicos se encuentran sometidos al imperio de la ley, especialmente en el proceso penal significa que solo se podrá castigar lo recogido en la Ley penal o Leyes penales especiales como delito. De esta forma, el hecho de que no exista una previsión legal completa de las actividades encubiertas puede dar lugar a la vulneración del principio de legalidad porque como hemos visto, se trata de una técnica de investigación restrictiva de derechos que posteriormente se convierte en una prueba testifical peculiar, también restrictiva de derechos porque el uso del engaño y la disimulación continúa en el plenario donde no se llega a revelar la identidad real del policía y como mucho, si lo solicitasen las partes de manera motivada y el juez lo aceptara se les podría revelar la identidad falsa, como ya hemos analizado.

Resulta paradójico como esa gran mentira que es el agente encubierto al actuar como testigo se encuentra obligado a no faltar a la verdad en virtud del deber de colaboración ciudadana con el Estado, y esto es una garantía para el enjuiciado que se mantiene cuando se ha de practicar la prueba testifical del agente encubierto.

Por otra parte, pensamos que el principio de legalidad e interdicción de los poderes públicos se vería violentado o vulnerado si un agente encubierto investigase delitos no previstos en la *lista numerus clausus* del art. 282 BIS LECrim apartado cuarto, porque el agente encubierto no puede investigar delitos distintos a los previstos en dicha lista. Pensamos que la prueba testifical que dimana del agente encubierto no puede ser la prueba de cargo sobre la que vertebrar una condena sobre un delito que el agente encubierto no puede investigar al no encontrarse previsto en la lista del art. 282 BIS apartado cuarto LECrim, esto vulneraría el principio de legalidad.

B) Principio de igualdad de armas

El principio de igualdad de armas consiste en que todas las partes tengan la mismas posibilidades, medios para poder atacar y defender así como idénticas cargas de alegación, prueba e impugnación. Ya que las partes del proceso han de estar en situación de igualdad es decir, tener los mismos instrumentos, las mismas posibilidades, de atacar y de defenderse, defenderse significa alegar y probar.

Así, en primer lugar, consideramos que se debe realizar la lectura pública del contenido relevante de la investigación obrante en las actas que posteriormente se convierten en prueba documental, al menos de las partes más relevantes para que no se vulnere el principio de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación. Esto sería inadmisibles en un proceso con todas las garantías.⁶⁹³ La defensa debería saber que sus defendidos fueron investigados con un agente encubierto, no se puede ocultar que hubo uno o varios agentes encubiertos que se infiltraron en la organización criminal donde supuestamente delinquían sus patrocinados para que no se vulnere este principio.⁶⁹⁴ Consideramos que lo conveniente para que no se llegue a vulnerar este principio es que los acusados sepan que fueron investigados por un agente encubierto o por varios pero sin especificar qué testigo protegido es el agente encubierto.

Consideramos que el principio de igualdad de armas se vería vulnerado en caso de que las partes solicitasen de manera motivada que se revelase la identidad del testigo protegido que es el agente encubierto, en virtud del art. 4.3 LOPTP y el Juez no revelase al menos su identidad ficticia a las partes. Porque si se mantiene la identidad ficticia y además se le aplica la LOPTP obrando en el proceso con un nombre genérico o código numérico o alfanumérico y aplicándole el resto de medidas de protección que se pueden aplicar a los testigos protegidos: ocultando su imagen, distorsionando su voz etc... se enfrentarían a una persona completamente desconocida que desde el anonimato les acusa de determinados delitos quebrando el principio de igualdad de armas.

Por lo expuesto, si se revelase la identidad ficticia a las partes no estaríamos ante un testigo anónimo que acusa desde la opacidad. El agente encubierto, o al menos la persona ficticia del agente encubierto fue conocida por las partes amén de los encuentros que hayan tenido los encausados con el mismo a la luz de la STEDH Lüdi versus Suiza, de

⁶⁹³ STS 403/2003, de 24 de marzo.

⁶⁹⁴ CORRÊA DE CARVALHO, J. T., *Tráfico de drogas: Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, ed. Juruá, Portugal, 2009, p. 355.

15 de junio del 1992, número 12433/86 porque el funcionario de policía es conocido por el órgano judicial (inclusive su verdadera identidad) y la ficción del agente encubierto es conocida por los encausados a los que ahora se les puede ocultar su imagen actual para protegerle. Pero ocultar tanto la identidad ficticia como la imagen actual y la voz del agente encubierto vulneraría el principio de igualdad de armas, porque, como hemos expuesto estaríamos ante un testigo anónimo y oculto.

Si se revelase al menos la identidad ficticia del encubierto los enjuiciados mantendrían las mismas posibilidades de defensa que si se tratase de un testigo protegido al uso.⁶⁹⁵ Se enfrentan a una persona que conocieron, en ella depositaron su confianza, el principio de igualdad de armas se limita y matiza porque les es de aplicación la LOPTP pero no se vulnera, no estaríamos ante un testigo anónimo y oculto para las partes que pusieran a las defensas ante la postura de defenderse sin saber de quién. De esta forma, los procedimientos que imposibiliten su identificación visual normal como el uso de mamparas o biombos o bien la distorsión de su voz, en puridad, limitarían y matizarían la igualdad de armas, pero no la vulnerarían si el agente encubierto acude al juicio oral a testificar y someterse al interrogatorio de las partes, porque son medidas adoptadas para salvaguardar el bien jurídico protegido más importante de todos: la vida e integridad física del agente encubierto así como la de sus familiares y allegados.

C) Principio de culpabilidad

En un proceso en el que exista agente/s encubiertos se respetará, como en todos los procesos penales, el principio de culpabilidad por el cual las penas que se impongan al investigado deben de fundamentarse en la comprobación de que al autor le puede ser reprochada personalmente su acción, es decir, que se debe de comprobar que no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal, todo ello en virtud del principio de culpabilidad. Y esto porque, para que se pueda reprochar penalmente debemos estar ante una conducta típica, antijurídica y ante un autor culpable, que personalmente tenga la suficiente capacidad para reprocharle penalmente su conducta e imponerle un castigo.

⁶⁹⁵ Porque recordemos que el agente encubierto es la única excepción al art. 4.3 de la LOPTP ya que en caso de que las partes solicitasen de manera motivada al Juez que se revelara la identidad del testigo protegido, si el Juez llegase a aceptar solamente se revelaría la identidad supuesta, la identidad falsa con la que realizó la actividad encubierta pero nunca la real.

Como decimos, la prueba testifical del agente encubierto debidamente practicada contribuiría en el cumplimiento del principio de culpabilidad ya que el agente encubierto, en su testifical tendrá que ratificar el contenido de las actas que en muchas ocasiones contienen conversaciones tenidas con el encubierto o en su presencia y éste, deberá aclarar el estado en que se encontraban los investigados, si estaban enfermos, enajenados etc... si el agente encubierto no lo pone de manifiesto se podría llegar a vulnerar, violentar el principio de culpabilidad. Lo mismo sucede con las grabaciones aportadas, en las que además deberá ratificar que las voces eran verdaderamente de los investigados.

Como en todo proceso penal es necesario demostrar que los imputados son punibles además de culpables. La prueba testifical del agente encubierto correctamente practicada contribuiría a esclarecer ambas cosas siempre que, como decimos sea debidamente practicada. En el caso de que se dirijan penalmente contra el agente encubierto, para que se respete debidamente este principio fundamental del proceso penal, creemos que los Jueces o Magistrados encargados de juzgarle deben atender especialmente a la salud mental del agente encubierto durante sus actuaciones. Así lo pensamos porque actuar durante mucho tiempo⁶⁹⁶ bajo esa identidad ficticia y someterse a las grandes presiones que suponen encajar en la actividad diaria de una organización criminal, pueden desestabilizarle. Máxime cuando no contamos con una regulación específica sobre la preparación y seguimiento psicológico de los funcionarios policías que trabajan para la Unidad de Agentes Encubiertos.

D) Principios de contradicción e inmediación arts. 24 y 120 CE y publicidad art. 120.1 CE

-El principio de contradicción

El principio de contradicción consiste en que ambas partes tengan oportunidad de defender sus derechos, la acusación y la defensa deben de poder exponer sus argumentos y posiciones contrapuestos. A la luz de LATORRE *“el principio de contradicción se define como el derecho a interrogar con el fin de arrojar dudas sobre el testigo y esto*

⁶⁹⁶ Porque las actividades encubiertas suelen ser prolongadas en el tiempo, en los seis meses previstos en el 282 BIS el funcionario policía puede vivir con mucha intensidad la actividad de la organización criminal y además nuestro legislador, como explicamos, no establece un límite máximo de prórrogas de la actividad encubierta.

requiere de proposiciones interrogativas y no de miradas inquisitivas’’⁶⁹⁷ VEGAS TORRES⁶⁹⁸ a su vez considera que la contradicción es una exigencia del principio acusatorio y del principio de audiencia art. 24 CE.

Así, la prueba testifical del agente encubierto también se practicará de forma contradictoria, propiciando un debate dialéctico donde todas las partes puedan replicar y manifestar argumentos contrarios con los que rebatir las declaraciones del agente encubierto en sala. Cuando el agente encubierto acude al juicio oral para testificar no puede alegar el secreto de la técnica investigadora para dejar de contestar preguntas o para hacer declaraciones vagas o parcas como podemos observar en la SAP Madrid 118/2021, de 9 de marzo secc.16 cuya declaración de los agentes encubiertos fue incompleta porque los agentes alegaron que no querían facilitar todos los datos solicitados por las partes debido *‘‘al secreto que, de las técnicas del agente encubierto les viene otorgada por razones de la lucha contra la delincuencia organizada’’*.

El principio de contradicción en una causa con agente encubierto no se vería vulnerado siempre que el policía acudiese al juicio oral y se sometiera al interrogatorio de las partes, se tiene que practicar un interrogatorio efectivo ante las partes y el tribunal que ha de dilucidar la causa para no vulnerarlo. Sin embargo, consideramos que este principio sí que se vería vulnerado en caso de que la defensa solicite al Juez de Instrucción que se revele la identidad del testigo protegido en virtud del art. 4.3 LOPTP de manera motivada y éste no accediera a revelar la identidad supuesta del agente encubierto, porque se desconocería la identidad de quien se pretende interrogar y las preguntas no podrían concretarse en si el testimonio de esos testigos protegidos es verídico o no sino que irían encaminadas a tratar de conocer quién los esgrime para poder centrar las preguntas, no se podría cuestionar la credibilidad y fiabilidad de sus declaraciones. Por ello, creemos conveniente que, si lo solicita de manera motivada alguna de las partes, se revele la identidad ficticia del agente encubierto, la identidad que conocieron las partes si se le aplica la LOPTP durante el juicio oral, es decir si se decide ocultar su imagen y/o voz. Consideramos que el principio de contradicción no se vería vulnerado por mantener la identidad ficticia en el plenario cuando se produzca la práctica de la testifical del agente encubierto porque esta es la persona que conocieron los investigados y las defensas

⁶⁹⁷ LATORRE LATORRE, V., *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 82 y ss.

⁶⁹⁸ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia en el proceso penal*, ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 78 y ss.

podrían realizar preguntas concretas a dicha persona que conocieron sus investigados salvaguardando la seguridad del agente encubierto aplicándole en todo lo demás la protección de testigos vigente en España, esto es, pudiendo declarar con su imagen oculta, con su voz distorsionada y como nosotros creemos necesario en estos procesos, a través de videoconferencia.

De esta forma, consideramos que mantener su identidad ficticia y que se puedan imponer barreras visuales: mamparas, imagen y/o voz distorsionada o su declaración por videoconferencia entre otros, son factores que limitan y matizan el principio de contradicción pero que no llegan a vulnerarlo, siempre que, cuando esto ocurra a la vez se revele la identidad ficticia, la identidad falsa con la que actuó el encubierto. Como hemos expuesto, así el agente encubierto puede seguir siendo interrogado de forma fructífera y las partes pueden seguir exponiendo sus argumentos y versiones que son contradictorios. Además, hemos de recordar que el Juez debe de motivar en un auto la decisión de seguir manteniendo las protecciones del testigo protegido de las que hablamos, tiene que exponer las razones de seguridad, aunque puedan parecer evidentes, que han llevado al tribunal a instalar las barreras visuales y ocultar al testigo o bien a practicar su declaración a través de videoconferencia. Si la defensa no está de acuerdo con alguna de dichas medidas puede ponerlo de manifiesto, impugnarlo y explicar qué derechos fundamentales entiende vulnerados.⁶⁹⁹

-El principio de inmediación:

En cuanto al principio de inmediación, está recogido en el art. 229.2 LOPJ dice que *“las declaraciones, los interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso de las partes y en audiencia pública...”* También lo encontramos en los arts. 149 LECrim y 253 LOPJ.

En primer lugar, nos gustaría analizar cómo la prueba testifical del agente encubierto puede o no limitar y afectar a la inmediación con el tribunal que haya de dilucidar la causa. Así, este principio hace obligatorio que el órgano juzgador perciba la

⁶⁹⁹ También comparten esta opinión CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos, op. cit...*, p. 434 y URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M. Á., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, ed. Aranzadi, 2012, p. 357.

producción de la prueba por lo que, en principio no es posible leer actas sustituyendo el interrogatorio de testigos.⁷⁰⁰

De esta forma, si el agente encubierto acude a las sesiones del plenario a testificar y someterse al interrogatorio no se vulneraría ni se llegaría siquiera a limitar o matizar la inmediación con respecto a un testigo protegido policía que mantenga su identidad ficticia porque el propio tribunal sí que conoce su identidad real, porque ha tomado él mismo estas decisiones y además y claramente, lo que realmente nos sirve para tener esta opinión es que las barreras visuales (las mamparas, biombos) no afectan al tribunal porque se disponen de tal forma en sala que el tribunal sí que puede observar los gestos, las vacilaciones pudiendo cuestionar su credibilidad y fiabilidad. El tribunal estará viendo no solamente al agente encubierto declarar sino las reacciones de los acusados, quedando de esta forma salvado el principio de inmediación. Cuando se trate de una declaración por videoconferencia con imagen y/o voz distorsionada el principio de inmediación con respecto el tribunal sí que se vería limitado y matizado porque esos gestos, esas expresiones, el tono de voz, el nerviosismo que se pueda expresar de todos ellos no serían percibidos de inmediato por el tribunal. Esto se acepta hoy en día en pos a la seguridad del agente encubierto, pero limitaría y matizaría dicho principio sin llegar a vulnerarlo porque se prima la seguridad del encubierto.

En cuanto al principio de inmediación en relación con las partes tenemos, en primer lugar, si se decide que al agente encubierto acuda al juicio oral conservando su identidad ficticia y aplicándole la LOPTP, es decir que las partes no conozca ni su identidad ficticia porque acuda con un nombre genérico en clave o con un código numérico o alfanumérico y además se estima oportuno utilizar medios en sala que impidan la confrontación visual con las partes claramente también se limitaría, se afectaría el principio de la inmediación porque la intervención de las partes en la práctica de la prueba sería muy compleja ya que las mismas también desconocerían su identidad, la falsa del agente encubierto. A nuestro parecer, esto limita y afecta en demasía llegando a vulnerar el principio de inmediación en favor a la seguridad del agente encubierto. Autores como CARDOSO PEREIRA también consideran que el agente encubierto no debería ser un testigo oculto⁷⁰¹ sino que

⁷⁰⁰ En virtud del art. 730 de la LECrim “leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

⁷⁰¹ Entendiendo por testigo oculto aquel que presta declaración sin ser visto por los acusados, protegido por barreras visuales en sala o bien presta declaración por videoconferencia con imagen y/o voz distorsionada.

debe ser tratado como un testigo común conservando su identidad supuesta en las sesiones de juicio oral. Nosotros consideramos, que si se revelase a las partes la identidad falsa con la que intervino el agente encubierto no se limitaría tanto este principio y no llegaría a vulnerarse porque las partes conocieron a este testigo que en realidad les estaba investigando y que hoy, de nuevo podrían escuchar en sala.

En cuanto al uso de medios físicos para evitar la confrontación visual como mamparas o biombos permiten salvaguardar la integridad física del agente encubierto, de la misma forma que se permite su declaración por videoconferencia porque la misma se puede utilizar cuando la vida o integridad física del agente encubierto, sus familiares o allegados se pueda poner en peligro, cosa que sucede. Esto permite practicar la prueba testifical de forma más segura para el agente encubierto, para los acusados y el proceso penal pero consideramos que el principio de inmediación se vería limitado, afectado y vulnerado cuando no se revele al menos su identidad ficticia, sobre todo, porque también se le puede distorsionar la voz por lo que las partes no conocerían su identidad, no le verían y no escucharían su verdadera voz y esto hace muy complejas las intervenciones de las partes.

Así, consideramos que el principio de inmediación sí que quedaría limitado, matizado, pero que no se vulneraría o violentaría siempre que se revelase la identidad ficticia a las partes ocultando siempre su imagen actual para protegerle.⁷⁰² Además, de nuevo debemos exponer que para que no se produzca una vulneración del principio de inmediación es necesario que se dicte un auto motivando las cautelas que se han decidido mantener y/o implementar que, podrá ser recurrido por las partes.

En conclusión, se debe de elegir bien cómo proteger al agente encubierto para no llegar a vulnerar el principio de inmediación. Creemos que lo más seguro, garantista y respetuoso es que las partes puedan conocer al menos la identidad ficticia y que no acuda a las sesiones orales practicando siempre su testifical a través de la videoconferencia, es decir que el testigo protegido que es el agente encubierto acuda de forma no presencial al juicio oral pudiendo ocultar su imagen actual para protegerle pero sin distorsionar su voz.

⁷⁰² NAVARRO VILLANUEVA, C., ``Protección a testigos y peritos'', *op. cit...* p. 115. También comparte esta opinión.

-El principio publicidad:

El principio de publicidad en la fase de juicio oral⁷⁰³ obedece a la finalidad de proteger a las partes de una justicia sustraída del control público así como mantener la confianza de la sociedad en los Tribunales, es una de las bases en las que se fundamenta el debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.⁷⁰⁴ En virtud del principio de publicidad cualquier persona podrá asistir a las sesiones de juicio oral. Pues bien, el mismo se verá matizado o limitado si el Tribunal decide que las sesiones plenarias se celebrarán a puerta cerrada o al menos en las que deba declarar el agente encubierto para protegerle aún más⁷⁰⁵ cuando se trate de una organización criminal muy conocida, se vería limitado o matizado este derecho que tiene la sociedad en favor a el derecho a la vida e integridad física del agente encubierto.

Sobre el principio de publicidad en la práctica de la prueba testifical del agente encubierto hemos de tener en cuenta que, como expusimos, en virtud a la aplicación de la LOPTP se pueden imponer medios para impedir la confrontación visual con el imputado o acusado, a su defensa así como del público de la sala en caso de que se estime oportuno. Aquí, hemos de tener en cuenta el art. 680. 3 LECrim que establece que el Juez o Magistrado puede acordar la celebración del juicio oral a puerta cerrada, pero que este auto no se puede recurrir a diferencia del auto en que el tribunal motive la continuación del uso de la identidad ficticia así como el resto de protecciones propias de constituir un testigo protegido, que como hemos expuesto en los anteriores principios sí que sería recurrible. No se podrá interponer el correspondiente recurso de reforma pero las partes podrán recurrir la sentencia que se dicte si consideran que tal decisión del Juez o Tribunal ha vulnerado su derecho fundamental a un proceso público, pudiendo eso sí, interponer recurso de amparo, por ello, siempre que la vulneración persista tras la tramitación de los recursos preceptivos en las diferentes instancias judiciales. Aquí tenemos que tener presentes, las razones que fija la norma procesal para que el juicio no sea público: razones de moralidad, razones de orden público o respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.

Hemos de resaltar que una cosa es que se proteja la verdadera identidad del agente encubierto durante el juicio oral, al declarar en el plenario y otra, que dicha fase del

⁷⁰³ Arts. 680 y ss. LECrim. Art.232.1 LOPJ.

⁷⁰⁴ GONZÁLEZ MONTES, J.L., ``La justicia en el siglo XXI'', *op. cit...* pp.55-56.

⁷⁰⁵ Y decimos aún más porque, como siempre exponemos el agente encubierto puede conservar su identidad ficticia y mantener o implementar las medidas de protección de testigos previstas en la LOPTP.

proceso no sea pública. En nuestra opinión debe ser pública, porque no se cumpliría ninguna de las razones que motivarían la celebración del juicio a puerta cerrada, esto es, las antes enunciadas razones de moralidad; razones de orden público; respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.

Pero, ciertamente debemos aceptar y poner en valor que la presencia de público en sala o de medios de comunicación, si se tratase de una organización criminal muy conocida, podría dar lugar a perturbaciones o incluso a la puesta en peligro del agente encubierto aquí, nos parece que el tribunal debería realizar un juicio de ponderación entre el principio de publicidad y el derecho a la privacidad y a la seguridad de las personas intervinientes.

E) Principio de libre valoración de la prueba

Se trata de otro de los principios básicos del derecho probatorio en el proceso penal. El juez se tiene que ajustar a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos pero dentro de los mismos tiene total libertad para formar su convicción con respecto a la inocencia o culpabilidad del acusado. Sin caer en la arbitrariedad, juzgando con discrecionalidad. Siempre motivando su decisión, especificando las pruebas que le han llevado a tomar la decisión, deben ser decisiones razonadas y motivadas. Si el juez no valora de manera racional las pruebas, si el Juez fuese arbitrario se estaría también vulnerando el principio de legalidad y la interdicción de los poderes públicos.

Nos parece peligroso que en un proceso penal en el que se ha investigado con agente encubierto el mismo no acuda a juicio oral y finalmente recaiga sentencia condenatoria venciendo la presunción de inocencia con datos, indicios y pruebas que ha llevado este policía al proceso, pero sin contar el Juez que ha de dilucidar la causa así como las defensas con su testimonio, sin sus declaraciones y explicaciones.

4.2.2. El respeto de los derechos y garantías de los acusados durante el juicio oral

Derechos y garantías de los acusados que podrían verse limitados o afectados por la prueba testifical del agente encubierto

Para hablar de los derechos y garantías de los acusados así como del agente encubierto que podrían verse limitados es necesario, de nuevo tener presente que el art. 282 BIS que dice expresamente *“2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.”* Esto, porque el legislador procesal entiende la gran peligrosidad que significa protagonizar este trabajo policial, algo que debe alterar la realidad judicial permitiendo limitaciones y matizaciones de derechos en favor a la investigación de los ilícitos que se cometen en el seno de la delincuencia organizada.

El hecho de poder mantener la identidad falsa así como que se le pueda aplicar la LOPTP hace que consideremos al agente encubierto no solamente como un testigo protegido sino especial, porque estaremos ante un testigo que puede mantener su identidad ficticia y que además puede ser anónimo⁷⁰⁶ y oculto⁷⁰⁷. Esto, por supuesto, afecta tanto a los derechos como a las garantías del enjuiciado y del propio agente encubierto y sus familiares y allegados dado que la LOPTP en su propia exposición de motivos dice que en la misma no establece un conjunto de garantías de carácter absoluto e ilimitado debido a que se debe ponderar en cada caso *“el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares”* y también porque consideramos que hoy en día no proporciona una verdadera protección o cobertura como para que el agente encubierto no sienta miedo al acudir al plenario, porque desde el año 1994 han evolucionado mucho los medios de protección y hoy en día también se le aplican otras medidas, como su declaración a través de videoconferencia, no recogida en dicha norma.

Pues bien, un testigo anónimo y oculto para las partes con identidad falsa en el juicio oral genera una tensión de fuerzas entre el derecho de defensa de los acusados y la

⁷⁰⁶ Porque su verdadera identidad solamente la podrían conocer el Juez, Fiscal y el LAJ.

⁷⁰⁷ Porque al aplicarle la LOPTP puede declarar ocultando su imagen actual con mamparas, porque también podría declarar ocultando su voz mediante su distorsión, entre otras.

seguridad e integridad física del agente encubierto, sus familiares y allegados. Expongámoslo más profundamente:

El agente encubierto puede ser un testigo protegido como cualquier otro policía en virtud del art.1 LOPTP. El art. 2 de la LOPTP permite que se omitan el nombre y apellidos, la profesión y el lugar de trabajo del testigo protegido, en nuestro caso evita que se aporten los datos ficticios del agente encubierto, por supuesto también los reales, porque si se les aplica la LOPTP los agentes encubiertos además de poder mantener su identidad ficticia son identificados con nombre genérico en clave o con un código numérico o alfanumérico ocultando no solo su identidad ficticia sino también la real. Como al resto de testigos protegidos, a los agentes encubiertos en las notificaciones y en sala se les suele llamar por un nombre genérico en clave o un código numérico o alfanumérico⁷⁰⁸, lo que también oculta su identidad ficticia y por supuesto, la verdadera.

El nombre real del agente encubierto así como su identidad ficticia queda bajo la custodia del LAJ puestos en correlación con el nombre en clave o número asignado como ocurriría con cualquier otro testigo protegido en España. Y así, como cualquier otro testigo protegido en virtud del art. 2 de dicha ley, podrá declarar ocultando su imagen y/o voz⁷⁰⁹ lo usual en causas con agente encubierto es que se declare con biombo o mampara⁷¹⁰ asistiendo a la sede física de la sala, esperará su turno en una estancia distinta a la del resto de testigos de la causa y también puede declarar por videoconferencia, en virtud del art. 731 BIS LECrim⁷¹¹. Y la declaración por videoconferencia también podría ser con imagen y/o voz distorsionada, porque hemos de tener muy presente las tecnologías tan avanzadas que tenemos hoy en día, la resolución de las pantallas y los medios técnicos de los que deberían estar provistos y saber utilizar todos los órganos juzgadores en

⁷⁰⁸ Que claramente no coincida con su número de carnet profesional de policía.

⁷⁰⁹ Debemos aclarar que el art. 2 LOPTP no posibilita la distorsión de la voz, sino que esto se realiza en la práctica sin que esté previsto expresamente. Sobre ello, existe un debate doctrinal porque estaríamos ante una medida que puede limitar el derecho de defensa y el principio de contradicción e inmediación y debería estar recogido en una Ley Orgánica. El debate, por tanto, también pivota entorno si la lista recogida en el art. 2 LOPTP es *numerus clausus* o bien *apertus*. Como podemos apreciar en NAVARRO VILLANUEVA, C., “Protección a testigos y peritos” en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 3-4, 2009, p.113-114.

⁷¹⁰ También se podrían utilizar otras fórmulas que ayuden a la ocultación de su imagen como cascos, capuchas o pelucas. Otros medios materiales que alteren el escenario procesal normal como cortinas o incluso que se declare en una sala contigua a la sala de vistas usada en las sesiones de juicio oral son también muy utilizados en la práctica según NAVARRO VILLANUEVA, C., “Protección a testigos y peritos”, *op. cit.*... p. 113.

⁷¹¹ En la STS 395/2014, de 13 de mayo lo podemos apreciar perfectamente porque establece que “En el caso, el tribunal de instancia ofreció modalidades en el testimonio, como el empleo de la videoconferencia, que no quisieron emplear...”

España.⁷¹² Y esto, limita y afecta al derecho de defensa porque merma los principios probatorios, como hemos expuesto.

El art. 4.1 de la LOPTP determina que el Juez que haya de dirimir la causa debe de valorar si todas las cautelas y protecciones establecidas durante la instrucción para el testigo protegido que en nuestro caso es el agente encubierto, se mantienen o se suprimen porque establece que *“recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate”* En una causa con agente encubierto lo normal es que se mantengan y que el agente encubierto las conserve además de seguir manteniendo su identidad falsa y que se le pueda aplicar el resto de protecciones que se prevén para los testigos protegidos en España. Ese nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico se conservará además de la identidad ficticia suministrada por el Ministerio del Interior.

Sin embargo, la LOPTP en su art. 4.3. establece que *“sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender de la causa, en el mismo auto en que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley... En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.”* Como ya se dijo en otros apartados el agente encubierto es la única excepción al apartado tercero del art.4 de la LOPTP porque en caso de que las partes solicitasen que se revelara la identidad del testigo protegido

⁷¹² Nosotros consideramos que la videoconferencia es una muy buena opción en el proceso penal para conseguir salvaguardar los derechos y garantías del agente encubierto y los acusados así como los principios del proceso penal porque permite la comunicación bidireccional y simultánea con imagen y sonido a pesar de que se encuentren en lugares distintos.

agente encubierto, y el juez lo estimara, nunca se revelaría la verdadera identidad del agente policía que desempeñó la operación encubierta.

Nosotros pensamos que en todo caso, para no limitar en demasía el derecho de defensa cuando se decida mantener la identidad falsa en el juicio oral y que también le sea también de aplicación la LOPTP, es decir, cuando se le apliquen estas protecciones a la vez al encubierto, si lo solicitan las partes se debería revelar la identidad supuesta que le suministró el Ministerio del Interior es decir, la identidad de la persona que conocieron los investigados sin especificar que se trata de un agente encubierto.⁷¹³ Así, solamente se revelaría la identidad ficticia creada para completar la infiltración que es la que realmente conocieron y conocen las partes. Entendemos que es una resolución motivada que además las partes pueden recurrir, las partes pueden recusar y que es proporcionado dada la peligrosidad que, llegado el caso, se revele la identidad ficticia del encubierto.

En este sentido, consideramos que el dato de la verdadera identidad del agente encubierto no es relevante para la defensa de los acusados, porque los mismos han conocido a la persona ficticia de la que sí que se podría llegar a revelar la identidad si se motiva por la defensa y el Juez aceptase, pero las causas personales por las que se podría recusar a un testigo al uso, en los procesos con agente encubierto en los que no se llegue a revelar su identidad ficticia quedan limitadas a la propia ficción, es decir, si el agente de policía sintiese odio o hubiese desarrollado durante la operación encubierta odio o algún tipo de animadversión la defensa nunca podría saberlo, y esto vulneraría el derecho de defensa. A pesar de ello, es necesario tener en cuenta que el tribunal que haya de dilucidar la causa sí que conoce la verdadera identidad del agente para no contravenir el principio de legalidad y que se trata de un policía, un profesional ajeno a los investigados que estaba desarrollando una misión por lo que es prácticamente imposible que en su persona obrasen causas personales que le impidan ser testigo, ni que existiese animadversión, ni siquiera consideramos que se cree durante la operación encubierta, porque recordemos, estamos ante un profesional debidamente formado y especializado.

⁷¹³ Existen autores que determinan que las partes sí que deberían al menos saber que hubo un agente encubierto, que fueron investigados por un agente encubierto como es el caso de NAVARRO VILLANUEVA, C., *“Protección a testigos y peritos”*, op. cit... p.251 que dice expresamente *“la identidad real del agente encubierto es un dato que carece de relevancia para el acusado que sólo ha conocido a aquél a través de su identidad ficticia. Lo que, en cambio, sí sería contrario a la mencionada garantía (refiriéndose al derecho de defensa) sería no poner en conocimiento la cualidad de agente infiltrado del testigo, información ésta que puede resultar de gran ayuda a la defensa.”*

Como decimos, no revelar la verdadera identidad del agente encubierto no es relevante para la defensa de los acusados pero, si se revelase la identidad supuesta del agente encubierto la defensa sí que podría plantearle a este testigo tachas porque conocerían la identidad supuesta del mismo, es decir, el nombre y la persona que conocieron sus defendidos cuando estaban siendo investigados para poder poner de manifiesto las posibles motivos de recusación causas personales, animadversión u odios que se hubieren generado durante la misma.

También nos parece que podría vulnerar el derecho de defensa ese plazo de cinco días del art. 4.3 LOPTP, tan corto que en el mismo no se puede articular una buena defensa, no creemos que sea un plazo coherente ni razonable para proponer pruebas de descargo con los que poder desacreditar los testimonios del agente encubierto, luego a nuestro parecer, con dicho plazo si que se podría llegar a vulnerar el derecho de defensa. Además, el momento procesal en que se debe solicitar la revelación de la identidad, el escrito de calificación provisional, antes del juicio oral donde se revelaría, es un momento del *iter procesal* muy tardío impidiendo esto también a la defensa articular precisamente una buena defensa y proponer otras pruebas de descargo. Todo lo cual, consideramos que debería modificarse el momento procesal en el que se podría revelar a las partes la identidad ficticia del encubierto en la causa y otorgarles un plazo más amplio que esos cinco días que se prevén en el art. 4.3 LOPTP porque en dicho plazo no es viable crear una buena defensa y vulnera dicho derecho.

Si alguna de las partes solicita al Juez de manera motivada que revele la identidad del testigo protegido en virtud del art. 4.3 de la LOPTP y éste se niega a revelar la identidad ficticia del agente encubierto⁷¹⁴ esto podrá ser recurrido por las partes en virtud del art. 4.4 LOPTP mediante recurso de reforma y apelación. Si las partes no conocieran que quien testifica es esa persona que aunque ficticia fue la que conocieron cuando estaban siendo investigados, en ese caso sería muy difícil para la defensa realizar preguntas certeras a una persona de la que desconoce la identidad y que además tiene un nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico como testigo protegido y que además puede estar oculta debido al resto de medidas de protección de testigos. Las

⁷¹⁴ Decir que el TS ya dijo en el 2002 que no se trata de una decisión automática u obligada. En su STS 4007/2002 de 28 de enero dice que depende de cada caso, porque el tribunal debe valorar y motivar revelar la identidad del testigo protegido atendiendo a si existe indefensión y que *“no es una decisión automática y obligada como parece entenderse en el recurso basándose en la expresión ‘deberá facilitar’ del art. 4.3 de la citada ley de protección de testigos y peritos.”*

preguntas podrían tender a averiguar la identidad del testigo protegido y no contribuirían a dilucidar si los testimonios del testigo son ciertos o no. Consideramos, que esto sí que podría vulnerar el derecho de defensa.

Todo lo cual, pensamos que el derecho de defensa se vería vulnerado o violentado si habiendo solicitado las partes de manera motivada que se revele la identidad del testigo protegido que es el agente encubierto el Juez hubiese rechazado tal petición y el agente encubierto además de conservar su identidad ficticia y el nombre de testigo protegido genérico en clave o código numérico o alfanumérico declarase ocultando también su imagen y/o voz al acusado y su defensa, a la luz del art. 6.3 d) CEDH Y 24 CE.

A pesar de lo expuesto, la LOPTP obliga en su art.4.5 a los testigos que hayan obtenido protección durante la instrucción a través de dicha ley a acudir al juicio oral a testificar, pero tenemos que tener en cuenta todo lo anterior. Decir que el TS en su STS 1105/1998 de 3 de octubre determinó que el derecho a un proceso con todas las garantías *“supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permitan a la parte acusada la posibilidad de establecer su defensa en condiciones de igualdad de armas con la acusación. Asimismo exige que el órgano juzgador mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio no sólo sus tesis sino lo que es más importante, sus pretensiones probatorias.”*

4.2.3. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos

A) En cuanto a la incomparecencia del agente encubierto en el juicio oral

Es importante destacar que el TEDH ha especificado en reciente jurisprudencia las causas que en la actualidad admite como justificación de su incomparecencia en el juicio oral, las podemos apreciar en la STEDH de 18 de diciembre de 2014 caso Scholer versus Alemania número 14212/10, la STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10, la STEDH de 23 de octubre de 2018, caso Guerni versus Bélgica, número 19291/07:

El TEDH en el 2014 especificó que cuando existan otras pruebas con las que comparar y contrastar los informes del agente encubierto, éste puede no acudir al juicio oral porque de esta manera se respetaría el principio de contradicción, como ocurrió en

STEDH: de 18 de diciembre de 2014 caso Scholer versus Alemania, número 14212/10, en el que se aportaron otras pruebas de cargo y además sí que acudió al juicio oral un superior del agente encubierto. En dicha sentencia, se expone expresamente *“las declaraciones hechas por el agente encubierto C. e informadas en la audiencia por su oficial de policía superior”* por lo que el TEDH acepta que en lugar del agente encubierto acuda uno de sus superiores. Además, de que el órgano juzgador estime que existen hechos objetivos y concretos como ocurrió en el procedimiento que exponemos en el que quedó completamente acreditado que el acusado *“era miembro de pleno derecho del club de motoristas “Bandidos”, un club bien organizado conocido por sus actos violentos y despiadados contra personas consideradas traidoras y miembros de los cuales se sospechaba que habían participado en el homicidio”*. En este mismo caso el TEDH también especificó que la declaración a través de videoconferencia era peligrosa para el agente encubierto porque tal y como dice la sentencia *“no solo existía el riesgo de que el testigo se identificara por su figura, gestos o lenguaje, que conocía el acusado..., sino también un riesgo de divulgación de detalles en el curso del interrogatorio por parte de la defensa permitiendo la detección de su identidad.”*

Luego en esta STEDH, el alto Tribunal establece que el agente encubierto puede no asistir al juicio oral cuando: en el procedimiento existan otras pruebas para contrastar sus informes, cuando acuda un superior del agente encubierto en su lugar y cuando existan hechos concretos y objetivos en los que basar su decisión. Así como que el órgano juzgador haya determinado que acudir a deponer en plenario es un riesgo insalvable por los medios actuales de protección de testigos para el agente encubierto, en definitiva, que no se puede proteger ni garantizar la seguridad del agente encubierto.

Posteriormente, en el 2017 el TEDH estimó que el agente encubierto puede no acudir al juicio oral de manera justificada, además de cuando los informes del agente se puedan contrastar con otras pruebas, cuando se haya comprobado su *“fiabilidad, mediante la verificación de la regularidad de sus acciones, sobre la base de las diligencias confidenciales y del procedimiento represivo incoado”* así lo expuso expresamente el TEDH en su STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10 donde la Chambre de mises en accusation, un órgano judicial independiente e imparcial, comprobó dicha regularidad formulando todas las alegaciones sobre los métodos de investigación que se utilizaron, constituyendo de esta forma una garantía procesal suficiente y esencial. En esta misma sentencia, se estima que

el agente encubierto puede no comparecer en juicio oral si su interrogatorio no es necesario porque las cuestiones sobre las que la defensa pretende aclarar con su interrogatorio ya se encuentran en el procedimiento y además, la defensa no justifica ante el tribunal nacional cómo afecta no interrogar al agente encubierto al derecho a la defensa. Además, en esta sentencia, el TEDH determina que el agente encubierto puede no acudir al plenario cuando se le haya tomado declaración durante la instrucción, dándoles a dichas declaraciones el mismo valor que su comparecencia en el juicio oral.⁷¹⁵

En el 2018, el TEDH resaltó especialmente en su STEDH de 23 de octubre de 2018, caso Guerni versus Bélgica, número 19291/07 que la incomparecencia del agente encubierto en el juicio oral está justificada si se pusiera en peligro la integridad física del agente encubierto por la naturaleza de la infiltración: cuando se trate de una infiltración muy prolongada en el tiempo en el que se habían creado vínculos de amistad con el agente encubierto, cuando la organización criminal sea especialmente peligrosa, cuando se hayan difundido fotos en internet del agente encubierto y todos estos motivos estén fundamentados en, a la luz de esta sentencia, *“hechos objetivos y concretos”*.

Todo lo cual, en virtud de lo expuesto, en la actualidad, el TEDH considera justificada la incomparecencia del agente encubierto en el juicio oral cuando⁷¹⁶:

- Un órgano judicial independiente haya comprobado la regularidad de sus acciones examinando los informes aportados por el agente encubierto durante su investigación.

- El interrogatorio del agente encubierto no sea necesario porque las preguntas que pretende efectuar la defensa se encontraran aclaradas en el procedimiento y además no se haya justificado ante el juez nacional cómo afectaría al derecho a la defensa no poder interrogar al agente encubierto.

- Se hayan valorado las declaraciones que el agente encubierto ha realizado durante la instrucción con prudencia, dándoles el mismo valor que las que podría haber realizado en el interrogatorio.

⁷¹⁵ Dicha sentencia dice expresamente *“nada en el expediente o en las actuaciones permite pensar que esos órganos no hayan valorado esas declaraciones con prudencia, amparándose en lo que no se habían verificado, ni que no les haya otorgado menos importancia”*.

⁷¹⁶ Como ya expuso LAFONT NICUESA, L., *“El agente policial encubierto”*, *El agente policial encubierto, op. cit...* pp.354-359.

- Existan otras pruebas decisivas con las que contrastar los informes del agente encubierto y por esto no se vulnera el principio de contradicción.

- Porque los tribunales nacionales desestimaron la alegación de la provocación.

- Porque exista peligro para la integridad física del agente encubierto insalvable incluso utilizando las técnicas específicas para proteger al agente encubierto durante su declaración en el juicio oral pero sean insuficientes para proteger su seguridad.

B) En cuanto a la comparecencia del agente encubierto en el juicio oral

Por otra parte, tenemos que exponer la doctrina del TEDH en cuanto a la presencia del agente encubierto en las sesiones de juicio oral porque el TEDH determina que tanto la defensa como el acusado tienen derecho a ver al agente encubierto e interrogarle directamente como ya estableció esta alta instancia desde el 1992 en la STEDH Lüdi versus Suiza, 15 de junio de 1992, número 12433/86, en la que no son suficientes las declaraciones escritas del agente encubierto como prueba aun ni siquiera cuando se encuentren acompañadas de otras pruebas de cargo, porque la defensa tiene derecho a interrogar al agente encubierto en un juicio público. Esto, lo podemos observar en pronunciamientos más recientes como en la STEDH de 26 de febrero de 2013, caso Papadakis versus la antigua República Yugoslava de Macedonia, número 50254/2007 donde el agente encubierto solamente declara ante el Juez y Fiscal y dice expresamente *“el testigo fue examinado solamente en presencia del Juez y el Fiscal. La demandante y sus abogados no asistieron al examen, que tuvo lugar en una sala especial separada de la sala de audiencias... Además, el material disponible en los autos no sugiere que se hicieran intentos con el fin de permitir a la defensa ver el examen del testigo a través de los medios de transmisión, a pesar de que el artículo 270-a de la Ley prevé tal oportunidad. El recurrente y sus representantes legales no podrían, por tanto, ver y escuchar el testimonio de quien prestó declaración en audiencia. En consecuencia, no fueron capaces de observar su comportamiento con el fin de hacer su propia evaluación de la veracidad de lo contado por él.”*

Por último, como conclusiones sobre el agente encubierto como medio probatorio en el proceso penal en relación con los principios del proceso penal, los derechos y

garantías de los acusados que podrían verse afectados por su prueba testifical tenemos que:

Los principios del proceso penal así como los derechos, garantías de los acusados se ven matizados o limitados cuando se utiliza la figura del agente encubierto, con ella, se está garantizando el derecho fundamental a la seguridad consagrado en nuestra CE, en su art. 17.1.

Es muy difícil asumir como válidos los resultados derivados de actos que limitan y merman derechos fundamentales de los investigados, con la figura del agente encubierto ocurre, la sociedad lo acepta en pos a un fin mayor.

Lo que buscamos con estas reflexiones sobre las garantías y los principios del proceso penal en relación a la actividad que desempeña el agente encubierto en el proceso penal, esto es, tanto en la instrucción: su investigación, como en el juicio oral: sus declaraciones como testigo, es tratar de resolver esas colisiones entre las garantías y la eficacia del proceso penal. Tratamos de buscar el equilibrio y por ello los límites deben tenerse muy claros, ese es el objetivo de este capítulo, para que el proceso penal sea asumible y aceptable para todos los que intervienen en el mismo. Los ciudadanos debemos tolerar las injerencias realizadas por el Estado en nuestra parcela de derechos fundamentales para conseguir desarticular las grandes organizaciones criminales que perpetran delitos muy graves, esto supone que principios del proceso penal, los derechos y garantías de los acusados expuestos *supra* se matizan en favor a conseguir castigar.

4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

4.3.1. Responsabilidad penal

Con la autorización judicial de actuación encubierta se exime al policía judicial de la responsabilidad penal que nazca de las posibles conductas típicas que deba protagonizar, siempre que sus actuaciones sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Así lo prevé el apartado quinto del actual 282 BIS

de la LECrim⁷¹⁷ Es decir, el agente encubierto no será culpable de las mismas y tal y como establece la STS 173/2018, de 11 de abril *“tendrá inmunidad..., respecto de las actuaciones que objetivamente podrían ser típicas y, por tanto, susceptibles de persecución.”* Esto sin lugar a dudas le aporta una seguridad jurídica especial a los agentes policías que vayan a emprender la actividad encubierta, porque los están eximiendo de responsabilidad penal.

Esta previsión legal de exención de responsabilidad penal permite que los agentes no corran tanto peligro, y anima a los policías a querer protagonizar una actividad encubierta, dada su voluntariedad. Consideramos sin duda alguna que es un acierto, pues el agente encubierto en el devenir normal de la actividad de la organización criminal se verá implicado en sus actividades delictivas, por ejemplo en el tráfico de drogas, para encajar, para completar la infiltración y no podrá negarse para no levantar sospechas, en muchas ocasiones la presión de grupo es muy fuerte y el agente encubierto deberá delinquir con los investigados por esa misma razón.⁷¹⁸

Si no existiese tal exención el agente encubierto debería soportar tantos riesgos, que de seguro ningún policía se prestaría a protagonizar tales misiones. Los riesgos de los que hablamos son: represalias contra él, sus familiares y allegados, inexorablemente correría riesgo su integridad física y la de los anteriores y además la responsabilidad jurídico penal que dimane de sus actuaciones en el seno de la organización criminal, una situación que nos parece injusta, máxime cuando el policía está haciendo su trabajo y cumpliendo órdenes.⁷¹⁹

Por ello, la exención de la responsabilidad criminal del agente encubierto se trata de una novedad jurídica, esto es bastante original en el derecho español porque en puridad, nos encontramos ante suerte de excusa absolutoria y además contenida en una norma procesal. Criticamos esto y pensamos que más bien podría encajar en el art. 20.7 del CP cuando exime de responsabilidad al que *“obre en cumplimiento de un deber o en el*

⁷¹⁷ Por el cual *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”*.

⁷¹⁸ Y por supuesto este hecho deberá ser informado el agente de cobertura o enlace o el equipo de investigación y siempre la Unidad de Agentes Encubiertos que se esté ocupando de la investigación, para que tengan constancia de ello.

⁷¹⁹ Porque además, deberíamos tener en cuenta que el CP español prevé en su art. 369. 1 que se impongan penas superiores cuando el culpable fuese un funcionario público.

ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo´´.⁷²⁰ Aunque nos parece ajustado que el legislador procesal lo aclare, aporta seguridad y claridad jurídica.

Sobre ello, claramente existe también un amplio debate doctrinal, porque muchos autores interpretan y perfilan cual debe ser la forma más correcta de interpretar tal precepto legal. La mayoría de los autores consultados consideran que se trata de un precepto muy general, no concreto, con demasiada generalidad que puede provocar inseguridad jurídica⁷²¹, nosotros consideramos que en este punto la generalidad del legislador es acertada porque las operaciones encubiertas son muy variadas, son distintas y una redacción más específica, creemos, podría llegar a encorsetar tal exención.

También, existen autores, que están de acuerdo con que exista tal exención de responsabilidad, pero disiden con que la misma aparezca en la LECrim, nosotros también pensamos de esta forma, en el 282 BIS se debería hacer una remisión al CP.⁷²²

A) Condiciones para la exención de responsabilidad penal

Pues bien, centrándonos en la regulación que está vigente, es necesario reflexionar sobre las dos principales condiciones que se tienen que dar, sin las cuales no se podrá aplicar la exención al agente encubierto:

En primer lugar, los injustos que cometa el agente encubierto tienen que ser una consecuencia necesaria de la investigación, es decir de su actividad encubierta, por lo que deberíamos descartar aquellos delitos que se cometan en el seno de la organización criminal pero que no tengan que ver con la operación que esté llevando a cabo. Lo que quiere decir nuestro legislador es que el agente encubierto no debe tener más remedio que protagonizar una actividad delictiva para no poner en peligro la operación, para no traicionar la confianza de los investigados sino que por medio del cual, aumente.

⁷²⁰ Esta visión también la comparten MARCHAL ESCALONA, A.N., ``Actuación policial. Problemas en la investigación´´ *op. cit...* p. 261 y RIFÁ SOLER, J.M., ``El agente encubierto o infiltrado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal´´, *op. cit...* p. 172

⁷²¹ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, *op. cit...*p. 285, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., ``Algunas cuestiones procesales, especialmente en la fase de instrucción´´, *op. cit...* p. 21-22.

⁷²² PERALS CALLEJA, J., ``Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de la prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia´´, *Curso de formación continua de jueces y magistrados.Crimen organizado, Cuadernos Digitales de Formación*, número 42, 2010, p. 10. Concretamente este autor dice que tiene una redacción compleja además de criterios muy generales que dan lugar a inseguridad jurídica.

En segundo lugar, debe ser proporcional algo que, a nuestro parecer depende del todo con el objeto u objetos que lleva a cabo la organización criminal en la que se haya infiltrado porque, creemos, la proporcionalidad deberá ser medida en función de los delitos que día a día perpetre la organización criminal, de esta forma si el agente encubierto se encuentra verdaderamente infiltrado puede ocurrir que deba ejecutar un delito y a nuestro parecer el agente de policía debería tener en cuenta los bienes jurídicos que vulneraría y si pudiese elegir, ejecutar el delito que menos bienes jurídicos vulnere.⁷²³ También consideramos que cuando nuestro legislador se refiere a la proporcionalidad quiere dejar fuera de esta exención los delitos contra la vida, integridad física, moral, la libertad sexual etc... quizá aquellos que vulneren los bienes jurídicos más importantes.⁷²⁴ Aquí, en cuanto al criterio que deberían tener en cuenta los Jueces y Magistrados que hayan de juzgar, decir que, como les parece a muchos otros autores, esta exención no da carta blanca al agente encubierto, no se trata de una ``licencia para delinquir`` o un ``permiso para matar``, sino que, con la proporcionalidad nuestro legislador llama al sentido común, es decir, que habrá proporcionalidad donde el funcionario policía consideró que la comisión de dicho ilícito era necesaria para asegurar el éxito de la investigación y que el daño que causaría era proporcional a los delitos que se investigaban.⁷²⁵

Todo lo cual, es el Juez o Magistrado quien debe ponderar caso por caso que efectivamente sea consecuencia necesaria de la investigación y que también sea proporcional, valorando todas las circunstancias que rodeaban al agente encubierto, tratando de entender su comportamiento y recordando que son actuaciones reales, donde pensar demasiado la manera de proceder puede suponer delatarse, con todas las consecuencias. Lo que sí deberían tener claro los agentes antes de actuar es esta previsión legal que venimos exponiendo, es decir, preguntarse a sí mismos: ¿Esto que voy a hacer podría ser una consecuencia necesaria de la investigación? Y ¿es proporcionado con los

⁷²³ Pero somos conscientes de que esta petición, totalmente doctrinal, puede alejarse muchísimo de la realidad de una operación encubierta, las organizaciones criminales perpetran delitos muy graves que son los que, desgraciadamente y de manera obligada, debemos esperar que ejecute el funcionario de policía que protagonice tal operación.

⁷²⁴ Así mismo lo considera MARTÍN PALLÍN, J.A., ``Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas`` *Curso de formación continua de jueces y magistrados. Delitos contra la salud pública y el contrabando, Cuadernos de Derecho Judicial*, número 5, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p.167.

⁷²⁵ NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas``, *op. cit...* pp. 137-138.

objetivos de la investigación? Al final será un juicio de valor del policía, pero recordemos, ha sido adiestrado para ello, lo que ya reporta ciertas garantías.

Concluimos determinando que, no existirá responsabilidad criminal del agente encubierto cuando se adentre en una organización criminal previa autorización judicial o fiscal obligatoria y ejecute un delito siempre que el Juez o Magistrado que haya de dilucidar la causa, estime que sus actuaciones fueron consecuencia necesaria de la investigación, fueron proporcionales y no provocan un delito. En ese caso se aplica el apartado quinto del art. 282 BIS LECrim. Habrá responsabilidad criminal y no se aplicará dicha exención cuando actuando bajo autorización judicial el agente encubierto cometa un delito que no sea consecuencia necesaria de la investigación y/o no sea proporcional con los objetivos de la misma. O cuando con autorización judicial o sin ella provoque el delito⁷²⁶.

Cuando actúe sin autorización judicial estaremos ante varias posibilidades:

-El hecho de actuar sin autorización judicial, como ya se ha explicado en esta tesis, reduce la seguridad jurídica en la investigación⁷²⁷, porque no se le podrá aplicar el art. 282 BIS de la LECrim, por cuanto no se ha autorizado ni por el Fiscal ni por el Juez de Instrucción la actividad encubierta y por ello no es un agente encubierto, entonces si cometiese un delito en el seno de la organización criminal independientemente de si cumple los requisitos del apartado quinto del art.282 BIS o no, puede ser declarado culpable⁷²⁸, porque aunque hubiese procedido de manera proporcional, su actuación sea una consecuencia necesaria del desarrollo de su investigación y no haya provocado un delito no se le puede aplicar la exención ni nada de lo previsto en tal artículo, recordemos, no sería un agente encubierto, solo sería un funcionario policía ejerciendo las funciones que el art. 126 de la CE le confiere, utilizando la técnica de la infiltración, sería un policía infiltrado.

⁷²⁶ Porque la provocación del delito es uno de los límites del agente encubierto como explicamos en profundidad en el capítulo tercero.

⁷²⁷ El hecho de actuar sin autorización judicial no invalida toda la actuación del agente de policía ni la convierte por entero en ilícita ni en irregular porque dicho agente estaría averiguando delitos así como descubriendo y asegurando a los delincuentes en virtud del art. 126 de la CE, es lícita y no irregular siempre que no provoque el delito y no vulnere ningún derecho fundamental, a pesar de no contar con autorización judicial o fiscal ya que no se trataría de un agente encubierto pero sí de un policía infiltrado: un policía que utiliza la técnica de la infiltración.

⁷²⁸ STS 575/2013, de 28 de junio.

Sin embargo, en la literatura y en sentencias en las que se habla este supuesto observamos que existen criterios fragmentados, varias posturas:

- Que estemos ante una provocación delictiva, donde el agente es responsable criminalmente.⁷²⁹
- Que el hecho de actuar sin autorización judicial no ocasiona directamente la provocación del delito pero que el agente estará sujeto a eventual responsabilidad criminal y disciplinaria en caso de que vulnere algún derecho fundamental.⁷³⁰

Por último, nos gustaría resaltar que el ordenamiento jurídico italiano alberga una enumeración de los delitos de los que estaría eximido el agente encubierto, lo que confiere más seguridad para los agentes de policía que decidan emprender dicha actividad porque tendrán por seguro que si protagonizan dichos delitos estarán exentos de culpabilidad, estos delitos son: refugiar o dar asistencia a los miembros de una organización criminal, adquirir, recibir u ocultar dinero, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, bienes o cosas que sean objeto, producto o beneficio del delito o un medio para cometerlo u obstaculizar la identificación de su origen o permitir su uso.

Lo cierto, es que en el apartado primero de nuestro art. 282 BIS de la LECrim española establece expresamente que el agente encubierto puede adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, luego al menos de esas acciones expresas, no habrá duda de la exención de responsabilidad penal contando con la debida autorización judicial y fiscal.

B) Procesamiento del agente encubierto

Por último, hablemos sobre el procesamiento de la figura del agente encubierto. Es algo que está recogido en la LECrim expresamente, lo encontramos en el apartado quinto del art. 282 BIS de la misma cuando establece *“Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien*

⁷²⁹ Criterio que podemos observar en la jurisprudencia, como SAP de Barcelona 950/2011, de 28 de octubre.

⁷³⁰ Esta opinión la comparten VELASCO NÚÑEZ, E., *“Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”*, en *Revista de Jurisprudencia*, número 4, 2011 y LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 158 y ss.

hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda´´.

En primer lugar, hablemos de que la LECrim se refiere a solicitar un informe a quien hubiese autorizado la identidad supuesta. De esta redacción, y consecuentes con lo que dice el mismo artículo en el apartado 1, comprendemos que dicho informe se le tiene que solicitar al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción que son los dos entes que pueden autorizar actuar bajo identidad supuesta, sin embargo la realidad práctica es⁷³¹ que el Juez ha de dilucidar la causa solicita dicho informe a la Unidad de Agentes Encubiertos de la policía judicial. A nuestro parecer y para que todo fuese más coherente, el artículo debería expresar *``requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado actuar bajo identidad supuesta o quien hubiere solicitado la actuación bajo identidad supuesta*´´.

En cuanto al requerimiento de un informe, lo que pretende nuestro legislador es que el Juez que haya de dirimir la causa tenga las informaciones necesarias como para valorar correctamente la actuación del agente encubierto, con la visión más cercana a la realidad posible, por eso necesita saber la opinión del Juez o Fiscal que autorizó dicha figura que se materializa en un informe. Sin embargo, hemos de resaltar que también existe un gran debate doctrinal entorno a todo a este apartado del art. 282 BIS LECrim porque el mismo podría vulnerar el principio de legalidad estableciendo *``una vía para que el Juez pueda tomar decisiones arbitrarias dirigidas a proteger al policía infiltrado*´´<sup>732</sup> Pensamos que esto quizá se deba a cómo termina el inciso, diciendo que el Juez *``resolverá lo que a su criterio proceda*´´ esto es lo que daría lugar a malas interpretaciones e incomprensión por parte de todos los operadores jurídicos, porque podría ocasionar arbitrariedad jurídica⁷³³ porque si el agente encubierto ha cometido un hecho típico, el mismo debe ser enjuiciado para dilucidar su culpabilidad o no, un proceso en el que se tendrá en cuenta la exención de responsabilidad penal y todo lo expuesto sobre la misma con anterioridad, por lo que debería ser procesado.

⁷³¹ Atendiendo a un criterio de máxima celeridad procesal.

⁷³² En este sentido NUÑEZ PAZ, M.A., GUILLÉN LÓPEZ, G., *``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas*´´, *op. cit.*...p. 140.

⁷³³ Como también expone MARTÍN PALLÍN, J.A., *``Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas*´´ *op. cit.*..., p. 168.

En cambio, autores como LAFONT NICUESA⁷³⁴ consideran dicha terminación es necesaria argumentando que gracias a la misma el legislador evita las *“denuncias indiscriminadas e injustificadas de los investigados hacia el policía encubierto”*, denuncias maliciosas contra el agente encubierto, denuncias, cuyo verdadero objetivo solo es conocer su identidad real. No estamos de acuerdo, es cierto que la redacción actual filtra dichas denuncias que teme este autor pero, también hace que un hecho que reviste caracteres de delito pueda ser archivado por el Juez, protegiendo al supuesto ejecutor que sería el agente encubierto, esto hace que parezca que el Juez se está saltando en principio de legalidad y la tutela judicial efectiva, sencillamente no podemos ni siquiera dar a entender esto en la actualidad.

En conclusión y a la luz de lo expuesto el agente encubierto debe ser juzgado, debe de enjuiciarse y que entre en juego todo lo expuesto sobre su exención de responsabilidad penal, para eso está prevista. Somos conscientes de que esto aumentaría los procedimientos, haría que los agentes de policía se mostraran más reticentes a participar en operaciones encubiertas. Creemos que la solución se encuentra en volver a redactar el final de dicho inciso, a nuestro parecer el Juez no puede resolver lo que a su criterio proceda sencillamente, porque deja la puerta abierta a interpretaciones muy amplias, pudiendo cargar contra el proceso. Creemos que el final del apartado quinto debería ser *“en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda motivando debidamente la exención de responsabilidad o abriendo de oficio un procedimiento cuando sea necesario”*, de esta forma, pensamos, se expresaría de manera más clara lo que el legislador pretendía. Esto debería adquirir forma de auto y ser notificado a todas las partes, especialmente a aquellas que sean las perjudicadas, porque creemos debería ser recurrible. No se puede acabar un procedimiento de la forma que prevé actualmente ese inciso final, porque además se podría llegar a plantear la limitación del principio de publicidad del proceso penal y la intervención de las partes.

4.3.2. Responsabilidad disciplinaria

Antes de comenzar este apartado nos gustaría apuntar que no nos pronunciamos sobre la responsabilidad disciplinaria que puede surgir en el funcionario policía que actúe de manera infiltrada, sin autorización judicial, porque no estamos hablando de la

⁷³⁴ LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto, op. cit...*, p. 299.

responsabilidad disciplinaria de un policía infiltrado. Explicamos la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto, es decir del funcionario policía al que el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal han autorizado y al que el Ministerio del Interior le ha otorgado una identidad supuesta.

Diclo lo cual, la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto se puede producir cuando éste violente algún derecho fundamental de los investigados ej. Entrada en el domicilio y su registro sin la autorización judicial obligatoria que prevé el art. 282 BIS LECrim. Nosotros consideramos que es más sencillo que el agente encubierto incurra en responsabilidad disciplinaria cuando no cumpla una orden, cuando no actúe conforme le indiquen sus superiores... , cuando incumpla sus funciones como funcionario público, es decir, podrá existir responsabilidad disciplinaria sin necesidad de que se haya vulnerado algún o algunos derechos fundamentales de los investigados, por ejemplo, cuando la infiltración se suspende y le indican que debe retirarse, sin embargo el agente de policía sigue actuando por iniciativa propia, estaría desobedeciendo órdenes y ello motivaría responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria del agente de policía encubierto puede surgir por la corrupción del mismo, es decir porque traicione al Estado mintiendo u ocultando información relevante para la investigación siempre que esto sea debidamente demostrado, queremos decir que, no reflejar o contar todo lo que acontece en la vida del agente encubierto al agente de enlace o cobertura, equipo de investigación o a la Unidad de Agentes Encubiertos no generará responsabilidad disciplinaria para el agente encubierto pero sí que podría nacer de las ocultaciones o mentiras sobre hechos relevantes de la investigación.

4.3.3. Responsabilidad civil

De la comisión de todo delito dimana una acción de responsabilidad civil. Como el agente encubierto puede perpetrar delitos en el devenir de su actividad encubierta conviene explicar los distintos escenarios ante los que nos podemos encontrar, máxime cuando nuestra LECrim no se pronuncia sobre tal cuestión que puede acontecer durante la actividad del agente encubierto.

Si resulta que al agente de policía⁷³⁵ no se le aplica la exención de criminalidad prevista en el art. 282 BIS LECrim y estamos ante un hecho típico, antijurídico y culpable entonces consideramos que es el funcionario policía personalmente el que debe responder y, de manera subsidiaria, porque no deja de ser un funcionario público en el ejercicio de sus funciones el que ha perpetrado el delito, debería responder el Estado, art. 121 CP e incluso se podría llegar a obtener la indemnización por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.⁷³⁶

Si se aplica la exención de responsabilidad criminal prevista en el art. 282 BIS apartado quinto entonces el agente encubierto no debería responder penalmente por sus actuaciones pero sí que seguiría existiendo responsabilidad civil que surge de cometer un delito. No nace la acción de responsabilidad civil por el delito cometido, porque el hecho delictivo no sería antijurídico, tampoco se produce la responsabilidad civil subsidiaria del Estado pero sí que se podría obtener la indemnización por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.⁷³⁷

Aclarado lo anterior, la actividad del agente encubierto también puede ocasionar su responsabilidad por las operaciones civiles y mercantiles que éste protagonice durante la operación encubierta y por supuesto bajo su falsa identidad. Es necesario aclarar este aspecto porque esa identidad ficticia de la que dota el Ministerio del Interior al agente encubierto hace que los mismos queden legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad⁷³⁸, por lo que los terceros con los que hayan realizado actos civiles y mercantiles solo pueden dirigirse contra tal persona ficticia. En este caso, debemos diferenciar si esas actividades han sido llevadas a cabo por el agente encubierto como consecuencia necesaria de la investigación o no.

Si el agente encubierto realizó estas operaciones de las que venimos hablando sin ser necesarias para la investigación los perjudicados se pueden dirigir contra esa persona falsa con la que los habrían llevado a cabo y que encarna el funcionario de policía que no

⁷³⁵ Por las razones anteriormente expuestas.

⁷³⁶ Esta postura es defendida por el profesor GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., ...pp. 289-295, a la que nosotros nos sumamos.

⁷³⁷ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 82.

⁷³⁸ Aquí, es importante tener en cuenta que el Anteproyecto de LECrim del 2020 en el art. 504 limita las posibilidades de actuación en el tráfico jurídico, estableciendo ``sea necesario para preservar su seguridad``.

respondería personalmente a la luz de ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS⁷³⁹. En nuestra opinión esta postura no es admisible, porque no podemos admitir que se produzca un perjuicio a un tercero por el agente encubierto sin que sea necesaria para la investigación. Esto generaría un espacio de impunidad y unos perjuicios no admisibles por el Estado de Derecho. A nuestro parecer, deberíamos en primer lugar diferenciar en cuanto al momento en el que se encuentre la investigación porque este tipo de responsabilidad puede nacer y que la operación encubierta siga viva, que la instrucción esté abierta y el hecho de ejercitar tal acción y que el agente no responda lo delataría. Teniendo en cuenta la durabilidad de las operaciones encubiertas, es sencillo que en la vida cotidiana surja esta responsabilidad y entonces, pensamos que si la investigación pende, se deberá continuar con la mentira, a todos los efectos, por ejemplo si el agente encubierto tuviese un accidente de tráfico o si no pagase alguna deuda contraída, actividades que quizá no son necesarias para la investigación pero que están dentro de esa nueva vida y puede que no sean necesarias pero sí que ocurren porque el agente vive, a todos los efectos, y ello debería estar previsto, aunque no lo está en la actualidad.

Por lo anterior, consideramos que todos los actos civiles y mercantiles que el agente encubierto protagonice dentro de la actividad encubierta con la instrucción abierta siempre deberían ser responsabilidad del Estado, porque el agente encubierto trabaja bajo una identidad ficticia que le ha sido otorgada por el Ministerio del Interior, por ello es el Estado el que debe responder, sin perjuicio de que el Estado se dirija contra el agente de policía una vez terminada la operación encubierta y el proceso penal y siempre que esos actos civiles y mercantiles no fuesen necesarios ni consecuencia de su trabajo de infiltración.⁷⁴⁰

⁷³⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit...pp. 420 y 422-423.

⁷⁴⁰ Sobre esto, hay visiones bastante dispares, sirva como ejemplo la que tiene el profesor GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit.,...pp. 289-295 que directamente considera que el perjudicado mientras dura la infiltración se dirigirá contra la identidad ficticia porque es la que conoce, por lo tanto respondería el Estado, pero que una vez que termine la actividad encubierta el perjudicado puede decidir si dirigirse contra el funcionario policía (ya con su identidad real) o contra el Estado, que a su vez puede reclamarle al funcionario policía. A nuestro parecer esto es demasiado peligroso para los policías porque entraña conocer la verdadera identidad, la real del agente que fue encubierto, desvelar esa identidad que tanto se ha guardado durante todas las etapas anteriores ahora, a alguien con el que estuvo relacionado con su vida ficticia sería otro motivo más de inseguridad para el mismo, su familia y allegados.

Todo lo cual, estamos ante otra de las consecuencias de orquestar una vida que en realidad no existe, para poder encajar en la organización criminal que nos parece, nuestro legislador debería de prever expresamente.

En Italia, se ofrece una regulación un tanto más detallada, menos abierta que el *“operar en el tráfico jurídico y social”* que prevé la LECrim española, concretamente en el art. 9.2 de la Legge 16 marzo 2006, n. 146 autoriza al agente encubierto a usar temporalmente los bienes muebles e inmuebles así como los documentos de identidad y en virtud de su art. 14 de la Legge 3 agosto 1998, n. 269 le está permitido participar en iniciativas turísticas ilegales.

CAPÍTULO QUINTO

EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL

5.1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día estamos viviendo un proceso de informatización de la sociedad, la delincuencia organizada evoluciona a la par que lo hace la misma y por ello también se está digitalizando. Las grandes organizaciones criminales han encontrado en las nuevas tecnologías y en la red otro campo de actuación, por ello vienen desarrollando y protagonizando actuaciones propias de la ciberdelincuencia, afectando a todos los ciudadanos, ahora también desde el ámbito virtual.

Lo cierto es que en los últimos tiempos se ha incrementado exponencialmente el uso de las nuevas tecnologías, cada vez las incluimos más en cada aspecto de nuestras vidas, algo que han sabido aprovechar los ciberdelincuentes, que en muchos casos pertenecen a una organización criminal, para contactar con las víctimas a través de chats, redes sociales o foros con el fin de ganarse su confianza como ocurre en los delitos de adoctrinamiento terrorista, con la preparación de delitos terroristas en la Deep web o Dark web, también para obtener, entre otras cuestiones, material pornográfico para distribuirlo en la Deep Web en distintos foros cerrados a cambio de cantidades de dinero muy altas. El entorno donde se perpetran ciertos delitos como es el caso de la pornografía infantil art. 189 CP, estafas art.248 CP, acoso art. 172 TER CP, amenazas art.169 CP o coacciones art.172 CP entre otros, se ha modificado también a medida que se han desarrollado las tecnologías y las redes. En la actualidad, encontramos en la web foros privados de acceso restringido, que son llamados ``canales cerrados de comunicación en la red´´, como se ha adelantado, en la Deep Web, aunque en otras ocasiones no es necesario adentrarse en la misma y se llegan a perpetrar estos delitos por *Whatsapp, Telegram o Skype*, además las conversaciones, imágenes o vídeos se pueden almacenar en la nube y por supuesto en los dispositivos electrónicos. De hecho, en la actualidad se retransmite contenido pedófilo incluso vía streaming, es decir en directo, a través de videollamadas que se pueden realizar en dichas plataformas, donde los espectadores no pueden guardar o descargar ese contenido en sus dispositivos y desaparece una vez terminado el directo o bien pasadas unas horas.⁷⁴¹

⁷⁴¹ Ponemos el ejemplo del envío de contenidos pedófilos porque el legislador español crea la figura del agente encubierto informático sobre todo pensando en los delitos de pornografía infantil cometidos en

Y es que hoy en día prácticamente todo el mundo tiene un Smartphone y posee, al menos, una red social, incluidos los menores. Se podría decir que somos una sociedad profundamente informatizada, donde por ejemplo, el uso de las aplicaciones de mensajería instantánea, incluso ha reemplazado a las, ya tradicionales, llamadas de teléfono, donde para muchos postear su vida diaria se ha convertido en un trabajo⁷⁴², sin embargo, la seguridad y privacidad sigue siendo un hándicap aún en estas cuestiones unido a que sigue existiendo desconocimiento acerca de la privacidad y los riesgos que entrañan las nuevas tecnologías y las redes sociales.

Aparte de la realidad expuesta, conviene que tengamos en cuenta que crear un perfil en una red social es muy sencillo, lleva muy poco tiempo y que las redes sociales de moda configuran el proceso de creación de cuentas en pocos pasos en los que todos los usuarios pueden mentir acerca de su edad, sexo, procedencia etc... sobre todo ello, baste decir que muchas personas no tienen los suficientes conocimientos tecnológicos como para gestionar su presencia en la red, sobre todo los grupos sociales más sensibles, como son las personas discapacitadas, los menores y por supuesto los menores con discapacidad, aún más vulnerables si cabe a ser víctimas de estos ilícitos que deberían estar aún más protegidos en el entorno virtual. A la luz de lo expuesto, no podemos dejar que la digitalización, informatización y la transformación de la delincuencia organizada suponga una recesión de las garantías procesales penales que ya tenemos, máxime cuando luchamos contra dicha lacra a través de la vía jurídica mediante la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos potenciando la intervención sobre los derechos y la disminución de los mecanismos de control de estos poderes.⁷⁴³

Especial mención merecen los menores en el entorno virtual porque los miembros de las organizaciones criminales aprovechan su presencia en este nuevo mundo y concretamente en las redes sociales para acercarse a ellos y crear un vínculo a través de la red para ganarse su confianza y convencerlos para que les envíen, por ejemplo material pornográfico infantil. Todo ello ha dado lugar a un incremento de los delitos perpetrados

internet SOLDINO, V., GUARDIOLA GARCÍA, J. ``Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución`` en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 19-28, 2017, pp. 1-25 o NEGREDO, L., HERRERO, Ó., ``Pornografía infantil en internet``, en *Papeles del Psicólogo*, número 37(3), 2016, p.218.

⁷⁴² Como es el caso de los llamados ``influencer`` o ``instagramer`` o sencillamente ``creadores de contenido digital``.

⁷⁴³ Autores como GUZMÁN FLUJÁ, V., ``El agente encubierto y las garantías del proceso penal`` *op. cit...* p.6.

en las redes cuyas víctimas son menores, como por ejemplo la prostitución de menores art.188, la corrupción de menores Art.188.4 CP, sexting Art.197.7 CP, el child grooming Art.183 CP, los delitos de pornografía infantil Art.189 CP.

Entre los distintos delitos que se cometen, hemos de destacar los delitos de pornografía infantil perpetrados por las organizaciones criminales en la web porque el legislador español crea la figura del agente encubierto virtual pensando en esta tipología delictiva⁷⁴⁴ así la Memoria de la Fiscalía general del Estado⁷⁴⁵ del pasado 2020 revela que la pornografía infantil es el delito más cometido por las grandes organizaciones criminales cuyas víctimas son los menores y esto tanto a nivel nacional como internacional, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del pasado 2021 expone que tras la declaración del estado de alarma se incrementaron diariamente las conductas que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de los menores y específicamente el acoso *on line* a menores con fines de carácter sexual así como para elaborar material pornográfico.⁷⁴⁶ También, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2022 podemos observar que de nuevo se pone de relieve que se sigue aprovechando esa “*permanente conectividad*” para cometer los delitos de ciberbullying, childgrooming, así como la pornografía infantil tras el gran repunte que tuvo con el confinamiento.⁷⁴⁷ Todo lo cual, internet ha creado una nueva vía de transmisión de estos contenidos ilícitos a la par que ha facilitado su producción, distribución y por supuesto, el consumo. En España, es punible la producción, venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de pornografía infantil, así como facilitar la realización de esas conductas. Por ello, el legislador español pretende castigar a todos los actores que participan en la cadena de suministro, producción y consumo de pornografía infantil porque también es ilegal adquirir y poseer para el uso personal estos contenidos, así como acceder a los mismos conociendo que se va a visionar

⁷⁴⁴ De hecho autores como BUENO DE MATA, F., “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?” en *El proceso penal en la sociedad de la información. Nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, coord. Pérez Gil, J., Madrid, ed. LA LEY, 2012, p. 313, determinan que es un medio de investigación creado expresamente para luchar contra la pornografía infantil y la pedofilia en internet.

⁷⁴⁵ Memoria de la Fiscalía general del Estado, 2020, p.664, 1005, 1012-1013. Establece expresamente que “*las cifras que se ofrecen no reflejan en absoluto el volumen e importancia de los delitos de esta clase cometidos en la red sino, únicamente, las investigaciones en curso iniciadas por los cuerpos policiales, generalmente de oficio, a partir de la información obtenida y condicionadas inevitablemente, en su número y alcance, por los medios personales y materiales de los que disponen.*”

⁷⁴⁶ Esta fue una de las reflexiones que expone la Unidad de Criminalidad informática en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2021, p. 35 y ss.

⁷⁴⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2022, p. 27 y ss.

pornografía infantil a través de las nuevas tecnologías⁷⁴⁸. El CP español califica como hechos punibles la tenencia de material pornográfico infantil, destinado a una utilización privada porque la demanda hace que siga existiendo la oferta, y porque además para obtener estas imágenes o vídeos de los menores se les corrompe, y se abusa de ellos.

Todo lo cual, el CP español contiene un tipo en el que se encuadran estos delitos, hablamos del art. 189 b) por el cual, incurrirán en el mismo aquellas personas que produzcan, vendan, distribuyan, exhiban, u ofrezcan por cualquier medio pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o posean estos materiales para esos fines, aunque el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido. Así las cosas, los bienes jurídicos protegidos en este caso serían: la dignidad e indemnidad sexual de los menores, la protección e imagen no corrompida de la infancia.

5.2. CONCEPTO

Por lo expuesto, llegamos a la conclusión de que los avances tecnológicos aprovechados para hacer daño a la sociedad exigen respuestas certeras de nuestros legisladores, porque los instrumentos procesales para investigar a las organizaciones criminales devienen ineficaces ante este cambio de entorno en el que se perpetran nuevos y viejos delitos. Ya contábamos con medios personales que habían conseguido vencer el carácter hermético de las organizaciones criminales como el agente encubierto físico regulado en el art.282.BIS LECrim pero necesitábamos que fuese también eficaz en el plano virtual, por ello, en el año 2015 gracias a la Ley para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se modifica la LECrim y se incluye un nuevo tipo de agente encubierto: el informático. Que hasta la fecha se ha revelado como el instrumento de investigación penal más efectivo para desarticular las grandes organizaciones criminales que actúan en internet, como podemos observar en la SAN 13/2016, de 1 de junio.

Es una adaptación de la figura del agente encubierto tradicional al plano informático por ello, cuenta con todas las características propias de la infiltración policial en organizaciones criminales pero modificando su forma de actuar y otros aspectos ligados

⁷⁴⁸ En virtud de la reforma que ha supuesto la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

al entorno en el que va a actuar. Se trata, de un funcionario de policía que actúa en la clandestinidad con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.⁷⁴⁹ A la luz del art.282 BIS apartado 6 se trata de un funcionario de policía que adquiere una identidad supuesta o *“nickname fantasía”* para infiltrarse en comunicaciones mantenidas en canales cerrados en la red pudiendo, para ello, intercambiar materiales ilícitos por razón de su contenido con el objetivo de ir obteniendo información sobre los supuestos delitos que se estuvieren cometiendo así como de las personas implicadas, con el fin de desarticular la organización criminal en la que ha procedido a infiltrarse.

5.3. PRINCIPALES FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL

Es 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 la que introduce esta nueva figura. Esta nueva diligencia de investigación tecnológica surge por primera vez en una de las sesiones plenarias del Senado en 2011 en la que se aprobó la moción del Partido Popular por la que se pretendía la regulación del agente encubierto informático modificando para ello la LECrim⁷⁵⁰. Por ello, hoy en día lo encontramos en el art.282 BIS de la LECrim apartado 6, que determina que el juez de Instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 TER apartado a).

Pues bien, de la lectura del art.282 BIS de la LECrim se desprende que sus funciones son ciberrastrear en canales abiertos en la red así como adentrarse en los canales de comunicación cerrados, con una identidad falsa, puede enviar archivos ilícitos por razón de su contenido con el fin de infiltrarse en la organización criminal, o tratar de mantenerse

⁷⁴⁹ Como establece el Tribunal Supremo en su STS 750/2019 de 13 de marzo, en la misma podemos observar una descripción tanto del agente encubierto tradicional como del informático.

⁷⁵⁰ Diario de las sesiones del Senado IX legislatura, núm. 115, 23 de marzo de 2011, p. 6509 y ss. donde el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley para modificar la LECrim y el CP con el fin de regular, la figura del agente encubierto en Internet. El acuerdo del pleno dice expresamente *“El Senado insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de dos meses, un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal para regular la figura del agente encubierto en Internet, como un instrumento más para perseguir el intercambio de material a través de Internet en las redes de pornografía infantil.”*

en la misma, como se expondrá, y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

Tenemos que tener en cuenta que si cambian las características y evolucionan varios aspectos del delito habrán de adaptarse a la par las técnicas de investigación, por ello, ese cambio de entorno donde se perpetra el delito *“obliga a hacer uso de técnicas especiales de investigación como las operaciones encubiertas o el registro remoto de sistemas”* así, el agente encubierto virtual cuenta con unas características especiales, que actualmente lo convierten en la herramienta más eficaz para conseguir investigar, enjuiciar y punir a los miembros de las grandes redes internacionales dedicadas a la criminalidad organizada que actúan en la web. Estas características son, que el agente encubierto virtual ha de ser un agente de policía, que es voluntario, su utilización es excepcional y ha de ser autorizado por el Juez de Instrucción, no puede investigar todos los delitos sino aquellos que establece el art. 282 BIS LECrim, debe transmitir la información que vaya obteniendo a quien le autorizó y se trata de una medida de investigación menos costosa para el Estado y menos peligrosa para el funcionario policía.

5.3.1. Debe ser un agente policial

El agente encubierto informático es un funcionario policía⁷⁵¹ que accede a ciberpatrullar y a adentrarse en canales cerrados de comunicación por voluntad propia con una identidad falsa proporcionada por el Ministerio del Interior durante seis meses prorrogables otros seis meses como máximo. Es de capital importancia que el agente que vaya a protagonizar la operación encubierta cuente con una formación específica en nuevas tecnologías y ciberdelincuencia, lo ideal es que sea una persona especializada en delitos desarrollados a través de la red. Por ello, pensamos que debería pertenecer al Equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil⁷⁵².

⁷⁵¹ De nuevo, los funcionarios de policía que pueden desempeñar las labores encubiertas, en la red, son los miembros de la policía judicial, es decir la Guardia Civil, la Policía Nacional, también los agentes de policías autonómicas si tienen competencias; sin embargo éstos últimos no pueden participar en investigaciones encubiertas de carácter internacional, tampoco los policías locales, porque las operaciones encubiertas, y en especial las desarrolladas en el entorno virtual requieren una preparación, una formación y capacitación que no es suministrada a estos últimos.

⁷⁵² Lo cierto es que, en la actualidad existen secciones de la policía especializadas en este tipo de actividad como son la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía nacional que, junto con grupos de delitos telemáticos de la Guardia Civil, son los funcionarios adecuados, y hoy en día, más capacitados para llevar a cabo estas actividades.

5.3.2. Es voluntario

Otra de las características que debemos resaltar es que la labor de infiltración tradicional es voluntaria porque el artículo 282 BIS 6 LECrim no se pronuncia expresamente sobre dicha voluntariedad en la función del agente encubierto informático pero se aplica la voluntariedad de la operación encubierta cuando ésta se realiza en el plano virtual. Sin embargo, a nuestro parecer, la voluntariedad en este caso no estaría lo suficientemente justificada en el caso de la actuación del agente encubierto en el ámbito virtual porque esta labor no reviste tanta peligrosidad para el agente policía ni para sus familiares o allegados.

5.3.3. Su utilización es excepcional

Por ello se deben cumplir una serie de requisitos respecto al entorno virtual donde se va a producir para que se pueda autorizar la operación encubierta virtual del agente policía. Así las cosas, dichos requisitos necesarios que motivan la adopción de esta medida de investigación tecnológica son: que existan suficientes indicios racionales de criminalidad en el canal de comunicación cerrado. Al tratarse de un instrumento procesal cuya utilización es excepcional dado que puede llegar a violentar varios derechos fundamentales de los investigados debe ser completamente necesario utilizarlo⁷⁵³, es decir, lo más correcto sería que no exista ninguna medida de investigación menos gravosa hacia los derechos y garantías del investigado. El Juez de Instrucción debe motivar suficientemente su utilización para no violentar el principio procesal de proporcionalidad y por supuesto que el delito se esté perpetrando o existan indicios de que tal actuación se va a llevar a cabo en el entorno virtual.

5.3.4. Debe ser autorizado por el Juez de Instrucción

La infiltración debe estar autorizada por el Juez de Instrucción, como expresamente recoge el apartado sexto del art. 282 BIS LECrim. Debe ser una resolución, a nuestro parecer, un auto o decreto debidamente motivado, siempre que se produzcan los requisitos

⁷⁵³ También porque siguen existiendo riesgos para el agente policía que realice la función de agente encubierto virtual así como para sus familiares y allegados. Y por los costes que esta actividad de investigación entraña, aunque menos cuantiosos que de ser una infiltración al uso.

necesarios para acordar la infiltración policial expresados *supra*, el Juez de Instrucción solo puede autorizarla para investigar los delitos establecidos en el art.282 BIS y es preceptiva cuando el agente encubierto virtual deba entrar en un canal cerrado de comunicación en la red.⁷⁵⁴

Llegados a este punto, conviene aclarar a qué nos referimos cuando hablamos de canal cerrado de comunicación en la red, porque en la actualidad la LECrim no lo hace y el anteproyecto de LECrim del 2020 tampoco, cuestión que es del todo reprochable. De nuevo debemos recurrir a la jurisprudencia, en este caso del TC habla de los canales cerrados y abiertos de comunicación en las ocasiones que se ha tenido que pronunciar sobre cuándo se afectaría al derecho al secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE. Concretamente, en su sentencia 170/2013, de 13 de octubre, fija que *“en nuestra labor de delimitación del ámbito de cobertura del derecho, hemos precisado que el art.18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados”* especificando que en los mismos existe una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas⁷⁵⁵. Y en la misma sentencia determina que de los canales abiertos de comunicación no puede predicar su confidencialidad⁷⁵⁶, en ellos no se trataría de conversaciones privadas y el agente encubierto informático puede no ostentar la autorización judicial pues no se estaría recurriendo al engaño por parte del Estado a través de la aportación de una identidad supuesta para acceder a éstos dada su naturaleza abierta. Es muy importante tener en cuenta estas definiciones con sus consiguientes diferencias ya que en los canales cerrados de comunicación en la red es obligatoria la autorización judicial en cambio en los abiertos no.

Debemos destacar que entorno a estas cuestiones existen autores como ZARAGOZA TEJADA o LAFONT NICUESA que consideran excesivo que al agente encubierto virtual se le exija la autorización judicial para actuar con la identidad supuesta en la red porque piensan que utilizar un *“nickname fantasía”* en el mundo virtual es

⁷⁵⁴ No siendo necesaria para llevar a cabo tareas de ciberpatrullaje, en las que no se debe hacer pública la identidad falsa del agente encubierto virtual.

⁷⁵⁵ Como podemos apreciar en la STC 170/2013, de 7 de octubre.

⁷⁵⁶ STC 170/2013, de 7 de octubre.

completamente normal, que pocas personas utilizan su verdadero nombre para crear sus perfiles y que incluso en internet los usuarios asumen que se les engaña.⁷⁵⁷

En relación a **la autorización judicial** que debe ser dictada para que el agente encubierto informático pueda actuar en los canales cerrados de comunicación, son varios los aspectos que hemos de analizar. De una parte, el momento procesal en que debe ser dictado ya que el art. 282 BIS de la LECrim determina que el agente encubierto tiene que ser autorizado por el Juez de Instrucción o por el Ministerio Fiscal entendiendo que se realizará dicha autorización antes de comenzar toda actividad de infiltración. Sin embargo, debemos saber que la actuación policial comienza mucho antes de que se dicte dicha autorización, lo que es importante aquí es conocer que las labores de ciberpatrullaje se desarrollan a diario dado el aumento de la cibercriminalidad y sin autorización judicial pero que el agente encubierto podrá adentrarse en los canales cerrados de comunicación solamente una vez dictada la autorización judicial, la doctrina mayoritaria apoya este criterio,⁷⁵⁸ por último, es necesario resaltar que la policía siempre debería realizar un informe cuando decida iniciar las labores de ciberpatrullaje y muy especialmente cuando sea necesario entrar en un canal cerrado de comunicación remitiéndolo al Juez de Instrucción⁷⁵⁹.

Por otra parte, y en cuanto al contenido de la autorización judicial del agente encubierto, debe ser una resolución fundada. Donde la verdadera identidad del agente encubierto virtual es conocida por el órgano instructor, es consignada junto a su identidad supuesta o ``nickname fantasía`` en la pieza separada y secreta, lo que se materializa, con un sobre cerrado o bien en una carpeta virtual a la que solo tenga acceso el Juez de Instrucción competente, siempre debe quedar fuera del expediente público de la instrucción del procedimiento de forma que nadie pueda conocer la verdadera identidad del agente encubierto, porque a pesar de que la operación encubierta virtual ocasione menos riesgos para el agente, lo cierto es que sigue existiendo la posibilidad de que los

⁷⁵⁷ ZARAGOZA TEJADA, J.I., ``El agente encubierto online: la última frontera de la investigación penal`` *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1/2017, 2017, p.10 LAFONT NICUESA, L., ``El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal`` en *Diario La Ley*, número 8580, 2015, p.3.

⁷⁵⁸ Sirva de ejemplo CAROU GARCÍA, S., ``El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet``, en *Cuadernos de la guardia civil*, número 56. 2018, pp. 29-30 que señala de forma expresa ``el control judicial de la infiltración no tendría que ser exigible ab initio para todos los casos, pudiendo ser desplazado a un momento posterior del procedimiento.``

⁷⁵⁹ Normalmente en dicho informe la policía presenta los motivos por los que es necesario que se autorice la operación encubierta, explica los riesgos y expone las posibilidades de éxito de la utilización de esta herramienta procesal.

miembros de la organización criminal terminen conociendo su verdadera identidad y su ubicación emprendiendo contra el mismo, sus familiares o allegados la venganza.

De hecho en la LECrim no encontramos recogidas las características o contenidos más importantes que debería contener la resolución por la cual se adopta esta medida de investigación y todo ello, a pesar de que la actividad del agente encubierto informático afecta y limita e incluso podría llegar a violentar varios derechos fundamentales de los investigados, así hoy en día el apartado sexto del art.282 BIS no especifica nada sobre el contenido y características del auto por el que se autoriza la utilización del agente encubierto informático a pesar de que el TC haya fijado un deber de motivación reforzado para el caso de resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales como bien podemos observar en las STC 116/1998, de 2 junio. Todo lo cual, los autos en los que se produce la autorización del agente encubierto virtual, normalmente contienen:

- La autorización expresa de utilizar esta medida de investigación tecnológica y el tiempo por el que se le autoriza su infiltración, normalmente se le suele autorizar por el plazo de seis meses que, en virtud del art.282 BIS de la LECrim que son prorrogables. Así como la autorización de utilizar esa falsa identidad que se le ha atribuido en todas las operaciones y actividades que tenga que llevar a cabo en el seno de la organización criminal.

- Todos los autos establecen la obligación de abrir una pieza separada y secreta conservando en un sobre cerrado la verdadera identidad del policía y cualquier información o incidencia sobre su actuación, incluidas las peticiones que vaya realizando al Juez de Instrucción con toda la documentación, como se ha adelantado.

- En dicho auto se establece la información que se debe aportar en las actas que deben ser remitidas al Juzgado por el agente encubierto informático, normalmente suele ser el carnet profesional del policía que va a llevar a cabo dicha función, el nombre del canal/foro/chat cerrado donde va a adentrarse, las redes sociales que va a utilizar así como el nombre de su perfil o usuario.

- Se fija la obligación de transmitir al Juzgado todos los datos, toda la información que vaya obteniendo, incluso se suelen fijar los plazos para sus envíos, es decir cada cuanto tiempo tiene que enviar un acta con la información, los datos, los indicios que esté resultando de la operación, suele ser con una periodicidad mensual. En el auto también

se suele fijar la vía a través de la cual dicha información confidencial debe llegar al juzgado⁷⁶⁰.

-También se suele fijar la obligación de que si el agente encubierto virtual debe practicar alguna diligencia de investigación que pueda vulnerar algún derecho fundamental de los investigados éste, debe de solicitar autorización judicial expresa, por ejemplo la deberá solicitar para poder enviar material ilícito por razón de su contenido o cuando vaya a grabar la actividad del canal/chat en el que está actuando, al tener carácter cerrado.

-Este auto es comunicado de forma personal al agente de policía y se suele incluir que su actividad debe someterse a lo estipulado en el mismo, en el que se le autoriza, y sobre todo se le indica que no realice actividades que puedan suponer la provocación del delito.

Según nuestro criterio, es del todo reprochable que la LECrim no establezca al menos el contenido mínimo que ha de integrar este auto, esta resolución procesal que es tan importante en la reglamentación de la actividad del agente encubierto virtual, tampoco se fija para el agente encubierto tradicional, por ello, proponemos que al menos incluya el contenido que establece el art. 588 BIS c) de la LECrim para la interceptación de comunicaciones telemáticas para motivar y autorizar la operación encubierta del agente encubierto virtual, e invitamos al legislador a incluir un nuevo apartado octavo en el art. 282 BIS LECrim.

Por último, sobre la forma procesal que debe adoptar la autorización del agente encubierto virtual, pensamos que la mejor fórmula procesal es el auto. A nuestro parecer se debe adoptar un auto, porque es el Juez de Instrucción quién autoriza la infiltración⁷⁶¹ y porque el auto es una resolución judicial que ha de estar obligatoriamente motivada, con su debida separación de hechos, fundamentos de derecho y parte dispositiva.

⁷⁶⁰ Este aspecto es crucial para configurar una de las vertientes más importantes del agente encubierto virtual, hablamos de su carácter de fuente de pruebas, pensamos que se deben establecer con suma claridad estos aspectos porque el fin último de la infiltración es obtener información, que la fuerza instructora vaya obteniendo indicios, datos, elementos de convicción, en definitiva: pruebas para nutrir el proceso y poder levantar la imputación, si fuera oportuno.

⁷⁶¹ Aunque también puede hacerlo el Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez.

5.3.5. Solo puede investigar los delitos recogidos en el art.282 BIS o en el art. 588 TER a) LECrim

Otra de las características del agente encubierto informático, a nuestro parecer bastante limitante, es que solo puede ser autorizado cuando existan indicios de la comisión de los delitos graves anunciados en el art.282 BIS LECrim apartado cuarto así como los delitos previstos en el art. 588 TER a) luego tiene un ámbito de actuación más amplio que el agente encubierto tradicional, que actúa en el medio físico porque, además de los delitos que se recogen en la lista *numerus clausus* del apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim también puede ser autorizado para investigar delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación y los delitos previstos en el 579.1 LECrim es decir delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo. Y por supuesto, siempre que todos ellos se estén preparando o cometiendo en el seno de la delincuencia organizada, es decir, cuando se hayan asociado tres o más personas de manera permanente o reiterada.

Consideramos que, a pesar de que el abanico de delitos que puede investigar el agente encubierto informático sea más amplio aún nuestro legislador lo limita o acota demasiado, máxime cuando tratamos de combatir una fenomenología delictiva, la delincuencia organizada, que se reinventa a medida que evoluciona la sociedad y que cada vez más delitos se pueden perpetrar en la red. Autores como SANTOS MARTÍNEZ consideran que lo más correcto sería que el agente encubierto virtual se pueda autorizar en todos los delitos que puedan ser perpetrados en internet dotándole de esta forma de ámbito de actuación mucho más amplio⁷⁶². Reiterada jurisprudencia también apuesta por esta visión sumando que, no todos los delitos que podrían ser investigados a través de esta medida de investigación se cometen en el seno de la delincuencia organizada como podemos observar en la STS 913/2006, de 20 de septiembre.

⁷⁶² SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, ed. BOSCH, Barcelona, 2017, pp.296-297.

5.3.6. Debe transmitir la información a quien lo autorizó

Tal y como ocurre con el agente encubierto tradicional, en virtud del art.282 BIS apartado primero, *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”* este apartado del presente artículo también deja muchas cuestiones al descubierto para esta figura, porque tampoco se especifica para el agente encubierto virtual el momento procesal en que se deben incorporar obligatoriamente a la causa y su carácter secreto. Expongamos estas cuestiones:

En primer lugar nos encontramos ante la obligación fijada en la propia LECrim de que el agente encubierto transmita la información que vaya obteniendo a la fuerza instructora a la mayor brevedad posible⁷⁶³ pensamos que el agente encubierto informático debe cumplir con dichos plazos enviando la información al juzgado por medios telemáticos.

En segundo lugar, durante la instrucción se debe conservar dicha información en secreto para avanzar en la investigación, pero conocer los contenidos de las actas que transmite el agente encubierto es muy importante para que los enjuiciados puedan ejercitar correctamente el derecho de defensa, porque esas actas pueden tener contenidos incriminatorios. Así las cosas, como ocurre con el agente encubierto físico las partes deberían conocer toda la información que ayudó a preparar al juicio oral, velando siempre porque no se revele la verdadera identidad del encubierto virtual. De hecho, en la reciente STS 104/2019, de 27 de febrero podemos observar que no se afecta al derecho de defensa porque una vez terminada la investigación judicial y cuando todos los investigados fueron puestos a disposición judicial la totalidad de las actas y audios que pudo grabar el agente encubierto en las reuniones, encuentros y coincidencias con los investigados fueron puestas a disposición de las partes *“sin limitación alguna de su contenido”*, sin embargo esto, como explicamos más profundamente en capítulos anteriores, no ocurre en todos los procesos.

⁷⁶³ O como se ha expuesto, según los plazos que se hayan establecido en el auto por el que se autoriza la operación encubierta.

5.3.7. Es una medida de investigación menos costosa y peligrosa

Otra de las características del agente encubierto virtual es que es una medida de investigación menos costosa que el agente encubierto tradicional, esto es debido a que no se debe crear todo un entramado social alrededor de la persona del agente encubierto como ocurre en una infiltración al uso en el medio físico, donde se provee al mismo de una vivienda, un trabajo etc... creando una vida entera aparente, en el caso del agente encubierto virtual basta con provisionarlo de un buen equipo informático, una buena conexión a internet y algunos datos básicos sobre su nueva identidad. El agente encubierto virtual solo va a interactuar con los miembros de la organización criminal a distancia, desde donde tenga su base de operaciones y esto, sin lugar a dudas, hace que su infiltración sea más sencilla, más segura y menos limitante de los derechos de los investigados a pesar de que se siga recurriendo al engaño por parte del Estado. Porque consideramos que cuando el agente encubierto virtual deba deponer en plenario no serán necesarias tantas cautelas procesales como las seguidas con el agente encubierto tradicional, ya que normalmente los miembros de la organización criminal no conocen su apariencia física.

5.3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL

Llegados a este punto, en el que ya se han expuesto las principales características que entrañan las operaciones encubiertas en el mundo informático, en el que se ha descrito una nueva figura que hace posible la investigación de delitos en el entorno virtual, pasemos ahora a relatar los muy diversos debates doctrinales que han ido surgiendo respecto a varias de sus aristas.

5.3.1. Sobre la provocación del delito

Uno de los aspectos que más controversia puede suscitar sobre esta figura es la posibilidad de que éste pueda llegar a provocar el delito, porque en los casos de las operaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación en la red también puede llegar a ocurrir.⁷⁶⁴ Y esto es por la actuación que debe desarrollar el agente encubierto en internet. En este supuesto se podría producir la provocación del delito cuando el

⁷⁶⁴ Y ello, aportaría razones más que suficientes a los abogados de los investigados para crear una buena defensa que dejara sin efecto la actuación del funcionario policía agente encubierto e incluso conducir a la irremisible nulidad de todo lo investigado.

funcionario policía transmite contenido ilícito⁷⁶⁵ para poder tener acceso al canal o bien cuando, para mantenerse en el mismo se le obligue a realizar esa misma conducta⁷⁶⁶ para muchos este comportamiento queda muy cerca o incluso podría ser una provocación del delito por el propio contenido que se está compartiendo, porque podría estar vulnerando los bienes jurídicos que precisamente se querrían proteger, para otros, dependiendo del momento en que el agente encubierto informático transmita dichos contenidos y si realmente era necesario por estar obligado o no se produciría la provocación del delito⁷⁶⁷.

En la actualidad, existe pacífica jurisprudencia sobre la provocación del delito que ha fijado los límites y criterios jurisprudenciales preceptivos sobre cuándo se estaría ante este ilícito, expongámosla analizando si la actuación del agente encubierto informático supondría o no dicha provocación. En primer lugar, determinar que normalmente para que el agente encubierto virtual pueda entrar en un canal cerrado de comunicación en la red es obligado a transmitir material con contenidos ilícitos, los componentes de la organización criminal que está actuando en dicho canal en la red, le obligan a transmitirlo para dejarle entrar, por lo que, siendo las cosas así, estaríamos ante un requisito *sine qua non* se podría conseguir la infiltración en la organización criminal, por ello, entendemos que estaría justificado y que podría ser comparable con la actuación de un agente encubierto tradicional que, para ganarse la confianza de los miembros de la organización criminal en la que pretende adentrarse, éstos le pidan que cometa un delito como muestra de su lealtad para poder entrar en la misma⁷⁶⁸.

Hemos de tener presente que, en la gran mayoría de los casos es preceptivo transmitir este tipo de contenidos si no fuese para poder entrar en dicho canal, en el transcurso de las comunicaciones podría resultar sospechoso que el agente encubierto virtual no lo enviase o bien los miembros de la organización criminal podrían solicitárselo en el transcurso de las conversaciones. Tanto es así, que el legislador sí que ha tomado consciencia de esta realidad y por ello, la encontramos prevista en el apartado sexto del art.282 BIS de la LECrim *“con autorización específica para ello, podrá intercambiar o*

⁷⁶⁵ Pornografía infantil o propaganda terrorista, por ejemplo.

⁷⁶⁶ Porque el art.282 BIS 5 y en particular el art.282 BIS 6 autoriza al agente encubierto informático a intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.

⁷⁶⁷ En los ejemplos citados serían los delitos de pornografía infantil art.189 CP así como delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo art. 578.1 CP, difusión de propaganda, apología del terrorismo, incitación a cometer actos terroristas arts. 572 a 577 CP.

⁷⁶⁸ Porque la LECrim recoge una exención de responsabilidad penal del encubierto en el art. 282 BIS apartado quinto que también es de aplicación al agente encubierto virtual.

enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido’’ y en el apartado quinto del mismo artículo ‘‘El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito’’ y de forma genérica en el apartado primero cuando establece que se podrá autorizar a la Policía Judicial ‘‘a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.’’

La actividad del agente encubierto podría llegar a provocar el delito, así tenemos que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en reiteradas ocasiones los presupuestos que han de producirse para apreciar el mismo, como de nuevo podemos observar en la STS 767/2007, de 3 de octubre, STS 571/2008, de 25 de septiembre o en la STS 360/2016, de 10 de febrero⁷⁶⁹, el alto tribunal ha concluido especificando que el delito provocado consta de tres elementos:

1. El elemento subjetivo, constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
2. El elemento objetivo, consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
3. El elemento material, por el cual no debe existir riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.⁷⁷⁰

Para estar ante una provocación del delito se deberían cumplir los tres. La actuación diligente del agente encubierto virtual no cumple los mismos:

En primer lugar no se cumpliría el primero de los elementos, el subjetivo, porque el agente encubierto no produce que nazca la voluntad de delinquir en la persona, ya que dicha voluntad delictiva existía entre los miembros de la organización criminal antes de que el agente encubierto se infiltrara en la misma, máxime cuando la policía solicita la infiltración precisamente porque existen indicios racionales y fundados de criminalidad

⁷⁶⁹ Y en el ámbito internacional, en las Sentencias del TEDH de 15 de mayo de 2018, caso Virgil Dan Vasile versus Rumanía, número 35517/11, de 2 de diciembre de 2014, caso Taraneks versus Letonia, número 3082/06, de 30 de noviembre de 2014, caso Nosko y Nefedov versus Rusia, número 11789/10. Presupuestos que ya fueron expuestos en esta tesis pero que ahora ponemos en relación con la actividad del agente encubierto informático para poder comprender debidamente si sus actuaciones podrían provocar la comisión de un delito.

⁷⁷⁰ Especificados en la STS 360/2016, de 10 de febrero.

en la web obtenidos en sus labores de patrullaje cibernético, ello unido a que son los miembros de la organización criminal los que solicitan al agente encubierto que transmita el material ilícito para consentir su acceso al canal cerrado de comunicación, luego la voluntad de delinquir nace en ellos, sin lugar a dudas, de forma anterior a la irrupción del agente encubierto. Cuestión muy distinta sería si el funcionario policía accediese a un canal cerrado de comunicación en la red y sin que se haya transmitido con anterioridad contenido ilícito comenzase a enviarlo, estimamos, que solo en este último caso observaríamos el cumplimiento del presupuesto subjetivo.

En segundo lugar, no se produciría la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido, al menos en un primer momento, porque el agente encubierto sirve de fuente de pruebas y el cumplimiento de este elemento objetivo conllevaría delatarse a sí mismo y precisamente el funcionario policía envía contenido ilícito para poder entrar, ganarse la confianza de los componentes de dicha organización criminal y quedarse en el canal cerrado de comunicación en la red en busca de datos, de elementos de convicción, de pruebas de cargo, que de obtenerlas, tras la realización exitosa de su actividad sí que podrían constituir motivo suficiente para proceder a la detención de los participantes de dicho canal, de la organización criminal que se investiga.

Sobre el último elemento que produciría la provocación del delito, existen más dudas, porque para muchos, la actividad del agente encubierto virtual sí que podría suponer un riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, esto es, enviar contenido ilícito, como podría ocurrir cuando se envían imágenes o vídeos pedófilos al igual que ocurriría, por ejemplo, si se enviasen materiales que enaltezcan el terrorismo⁷⁷¹. Los contenidos tan sensibles y de tanta gravedad pueden hacer pensar que sí que existen riesgos para los bienes jurídicos que se pretenden proteger⁷⁷², y muy a pesar de existir autorización judicial previa, porque hemos de poner de relieve que en la actualidad no existe una reglamentación sobre el contenido que puede ser utilizado por la policía, es decir, que no existe regulación alguna sobre qué tipo de contenido puede ser utilizado por la policía y además no existe obligación de que dichos materiales ilícitos sean seguidos y

⁷⁷¹ En caso de estar investigando una red criminal que se dedica al adoctrinamiento en las redes.

⁷⁷² En los ejemplos que expongo en el delito de pornografía infantil el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual e imagen no corrompida de la infancia, en el caso de los delitos de terrorismo depende del tipo de terrorismo que se esté desarrollando en la web, si hablamos de una organización criminal que se dedica a adoctrinar en internet especialmente serían la libertad e integridad moral.

recuperados en internet por la policía. Cuestión que nos parece reprochable, alarmante y que es necesario regular de forma urgente.

Manifestada esta realidad tan grave a nuestro parecer, quizá la solución pase porque se creen contenidos simulados, esto es, en relación con el primer ejemplo en caso de que se investigase una organización criminal que presuntamente está cometiendo delitos de pornografía infantil, se podrían crear vídeos en el que sus protagonistas sean mayores de edad pero con apariencia infantil para que el contenido sea lo más lícito posible y no se perjudique a ningún menor, opinión que también comparte VELASCO NUÑEZ⁷⁷³ porque usar fotos o películas con participación de menores de edad no estaría del todo justificada con la proporcionalidad que han de tener los medios de investigación. Quizá, lo más ajustado sea enviar vídeos cuyos protagonistas parezcan niños/as pero que en realidad sean personas mayores de edad, creemos que podría ser la opción que más se ajusta a la proporcionalidad y necesidad para poder investigar la actividad ilícita que supuestamente se está desarrollando. Sin embargo, este criterio no es unánime, al contrario, existen varios puntos de vista doctrinales:

Algunos autores abogan por que el agente encubierto virtual sí que pueda transmitir imágenes de pornografía infantil real pero que se hayan obtenido en antiguas operaciones policiales. Nosotros no compartimos tal criterio debido a que los protagonistas seguirían siendo menores de edad, las víctimas serían revictimizadas a la par que se podrían levantar sospechas en caso de que alguno de los componentes de la organización criminal ya haya visualizado con anterioridad ese contenido.⁷⁷⁴

También hay autores como URIARTE VALIENTE⁷⁷⁵ que consideran que pueden ser archivos con contenido pornográfico infantil real pero procurando que su contenido sexual sea lo menos explícito y que no represente imágenes especialmente degradantes, nosotros tampoco compartimos dicha visión porque de nuevo afectaría de forma significativa a los menores ya que, para obtener dichas execrables imágenes y vídeos, se

⁷⁷³ VELASCO NUÑEZ, E., ``Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías'', *op. cit...* p.5. Y de CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, *op. cit...*, p. 341.

⁷⁷⁴ Algo que es sobradamente usual dado el carácter coleccionista que normalmente tienen este tipo de delincuentes. BUENO DE MATA, F., ``Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?'' *op. cit...* pp. 326-327 y URIARTE VALIENTE, L.M., ``El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet'', *Estudios jurídicos*, número 2012, 2012, p.8.

⁷⁷⁵ URIARTE VALIENTE, L. M., ``El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet'', *op. cit...* p. 8.

perpetran abusos y agresiones sexuales a los menores y se estimula a cometer delitos de naturaleza sexual para poder satisfacer dicha repugnante demanda.⁷⁷⁶

Por otra parte, si el agente encubierto informático estuviese investigando una organización criminal dedicada a captar, adoctrinar y/o preparar atentados terroristas a través de internet, en dichos canales cerrados el policía también podría enviar archivos simulados, creados por la policía judicial *ad hoc* para conseguir entrar y/o mantenerse en el entorno donde está actuando la organización criminal o bien aprovechar otros archivos que la policía conserve de anteriores investigaciones siempre que se ajusten al canal.

A la vista de todo lo expuesto, concluimos que no se estarían dando todos los presupuestos del delito provocado fijados por la jurisprudencia y pensamos que los funcionarios policías protagonizan operaciones encubiertas en la red se pueden ver obligados a transmitir contenidos ilícitos, algo que podría ser comparable con la entrega vigilada prevista en el apartado 2 del artículo 263 BIS de la LECrim.

5.3.2. Sobre el respeto a los principios del proceso penal, derechos y garantías del enjuiciado

Otra de las cuestiones que más controversia suscita, al igual que ocurre con el agente encubierto tradicional, como hemos abordado profundamente en los capítulos anteriores, es si la figura del agente encubierto virtual puede llegar vulnerar los principios del proceso penal así como los derechos y las garantías de los enjuiciados porque, sin duda, el respeto de todos ellos constituye uno de los grandes límites de las actuaciones encubiertas virtuales. En primer lugar, debemos decir que esta herramienta procesal para luchar contra la delincuencia organizada es, como ocurre con el agente encubierto físico: excepcional también porque su actuación podría llegar a vulnerar múltiples principios básicos del proceso así como derechos y garantías del enjuiciado.

⁷⁷⁶ En esta misma línea de pensamiento CAROU GARCÍA, S., “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, *op. cit.*..., p. 25, determina expresamente que “el pedófilo es plenamente conocedor de que está asistiendo a la violación, tortura y abuso de niños y niñas. Con su consumo retroalimenta y apoya la espiral de violencia sexual sobre los menores.” p.26.

A) En cuanto a los principios del proceso penal

Los principios del proceso penal que especialmente se podrían ver afectados por la utilización de un agente encubierto virtual en la investigación⁷⁷⁷ creemos que serían:

En primer lugar, el principio de publicidad, art.24.2 y 120 CE, como ocurre con el agente encubierto tradicional porque una causa en la que existe un agente encubierto no es del todo pública ya que la verdadera identidad del funcionario de policía agente encubierto es separada y secreta así como toda la información que aporte al proceso que no es conocida por las partes al menos durante la investigación. La información que se guarda en la pieza separada y secreta que contiene la verdadera identidad del agente encubierto virtual nunca será conocida por las partes.

En segundo lugar, el principio de contradicción e inmediación, arts.24 y 120 CE en caso de que el agente encubierto virtual no acudiese al plenario a declarar y someterse al interrogatorio de las partes en el juicio oral.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad, art. 282 BIS apartado 5 LECrim porque estamos ante una medida de investigación totalmente excepcional, en la que el Juez o Fiscal debe valorar cuando verdaderamente no se puede investigar de otra forma⁷⁷⁸, más que recurriendo a crear una persona ficticia que pueda integrarse en la organización criminal que está actuando en canales cerrados de comunicación en internet.

Y por último, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el arts. 9.3 y 10 de la CE si el agente encubierto virtual llegase a provocar el delito, por ejemplo irrumpiendo en el canal cerrado de comunicación en el que previamente no se había compartido material pornográfico infantil y transmitiendo este contenido.⁷⁷⁹ Cuando el agente encubierto virtual actúe sin autorización judicial y vulnere algún derecho fundamental.

⁷⁷⁷ Como podemos observar en abundante jurisprudencia: STS 2331/2021, 10 de Julio, STS 525/2020, 20 octubre; STS 1514/2019, 28 de marzo; STS 313/2017, de 3 de mayo; STS 250/2017, de 5 de abril; 2114/2014 de 13 de mayo, STS 575/2013 de 28 de junio.

⁷⁷⁸ Como ocurre en los canales cerrados de comunicación en la red, en la actualidad podemos afirmar que no existe ninguna otra medida de investigación tecnológica que pueda ser adoptada en la instrucción penal más efectiva que ésta, porque el mismo puede adentrarse en ese nuevo entorno virtual donde está actuando la organización criminal que se pretende investigar.

⁷⁷⁹ Criterio que también apoyan otros autores como GARCÍA GONZÁLEZ, S., ``El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal'', *op. cit...*p.8. Así como la mayoría de literatura consultada.

B) En cuanto a los derechos y garantías del enjuiciado

La actuación del agente encubierto virtual limita y afecta al derecho a la intimidad art.18.1 CE porque los componentes de la organización criminal están actuando en un foro, chat, es decir, en un canal cerrado de comunicación en la red precisamente para poder comunicarse con la privacidad propia de un espacio privado en la red, por ello, eligen a las personas que pueden entrar en dicho canal porque al ser cerrado les proporciona intimidad para transmitir y hablar sobre contenido ilegal, que no tendrían en el internet abierto que todos conocemos. También es excepcional porque afecta al secreto de las comunicaciones previsto en el art.18.3 CE porque existe una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las conversaciones mantenidas en los canales cerrados de comunicación en los que va a infiltrarse y en los que, en su gran mayoría, es esencial identificarse para poder acceder a los mismos.

Además, es importante resaltar que la utilización de esta medida de investigación puede afectar al derecho a la defensa del art.24 de la CE porque el art. 282 BIS de la LECrim admite que se siga manteniendo identidad supuesta en el juicio oral y que además se le pueda aplicar la LOPTP. No se revelaría su verdadera identidad ni su identidad supuesta y por lo tanto como ya se ha expuesto en el presente trabajo haría mucho más compleja la labor de defensa. Además, en los foros también se pueden verter declaraciones autoincriminatorias del investigado engañado por esa falsa identidad del policía, en concreto, por lo que su actuación inocua, el comportamiento que describimos para el agente tradicional en el tercer capítulo⁷⁸⁰ debe producirse en el entorno virtual para no vulnerar su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable alojado en el art. 24.2 de la CE. Por último, pensamos que la actuación del agente encubierto virtual también puede llegar a vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE así como su derecho a la protección de datos 18.2 y 4 CE si no obtiene las autorizaciones judiciales pertinentes. El agente encubierto virtual debe comportarse como el tradicional para no vulnerar dichos derechos por lo que nos remitimos al capítulo tercero, pero en el ámbito virtual. Aquí, apuntar que solicitar las autorizaciones judiciales que prevé el art. 282 BIS LECrim y llegar a obtenerlas, es decir, que el Juez de Instrucción lo motive conlleva tiempo, que en el entorno virtual corre aún más rápido, por lo que nosotros consideramos que lo mejor sería que en la propia

⁷⁸⁰ Concretamente cuando hablamos del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable art. 24.2 CE y el derecho a la presunción de inocencia art.24 CE.

resolución por la que se autorice al agente encubierto informático también se prevean estos aspectos.

Como conclusión, exponer que cuando el Juez de Instrucción decide autorizar dicha medida de investigación penal se produce una colisión con los principios del proceso penal así como con los derechos y de garantías de los investigados, algo que la doctrina y la jurisprudencia estiman justificado siempre y cuando la actividad indagatoria del agente encubierto en canales cerrados de comunicación comience cuando ya ha sido autorizado por el órgano juzgador, cuando cuente con otra autorización judicial distinta para poder enviar material ilícito por razón de su contenido, recabe otra autorización judicial cuando considere que puede vulnerar algún derecho fundamental y solicite y obtenga otra autorización judicial cuando pretenda obtener imágenes o grabar conversaciones.

Y sobre esto último debemos reflexionar, porque a nuestro parecer tantas autorizaciones judiciales son excesivas para desarrollar la actividad de infiltración encubierta electrónica con fluidez, y mucho más en el plano virtual es decir, en la actualidad es obligatorio que la policía judicial tras haber realizado labores de ciberpatrullaje en el internet abierto y haber hallado indicios de criminalidad en la red realice un oficio en el que exprese al Juez de Instrucción la necesidad de infiltración policial y termine solicitando su autorización para infiltrarse en la organización criminal, el Juez de Instrucción, realizadas las debidas apreciaciones adoptará, si considera oportuno dicha medida de investigación tecnológica y ello nos parece del todo razonable y preceptivo, sin embargo, cuando el agente encubierto debe transmitir material ilícito por razón de su contenido se debe enviar otro oficio al Juez de Instrucción solicitando la autorización del mismo para poder transmitir este contenido ilegal. Y deberá recabar otras dos autorizaciones judiciales distintas cuando considere que se puede afectar a un derecho fundamental y cuando necesite grabar las conversaciones que se estén produciendo y/o obtener imágenes, como expusimos *supra*.

Pues bien, en este punto consideramos que existe un excesivo garantismo que encorseta las actividades de investigación de la policía judicial y, en consecuencia, hace que la actividad del agente encubierto virtual sea menos fructífera y menos eficiente, porque hemos de recordar, en virtud de todo lo expuesto en este epígrafe, que el mundo virtual funciona muy rápido, que, como se ha expuesto en la mayoría de los casos le solicitan este tipo de contenido al agente encubierto virtual para poder entrar en el canal

cerrado de comunicación en la red o bien en el transcurso de las conversaciones que allí acontecen, por ello, solicitar tantas autorizaciones judiciales retrasa las comunicaciones que debe mantener el agente encubierto y hace que surjan dudas y sospechas entre los miembros de la organización criminal, porque reiteramos, internet funciona muy rápido y si al agente de policía le piden que envíe este tipo de contenido para asegurarse de que comparte los mismos gustos, pensamientos o ideas que los integrantes del foro y no lo envía, la operación encubierta puede verse en serio peligro o incluso puede no lograrse siquiera la infiltración policial que se pretende ya que en muchas ocasiones los miembros de la organización criminal que están actuando en el canal cerrado de comunicación al que se pretende acceder le piden al policía que envíe dicho material para dejarle acceder al mismo.

Así las cosas, podemos decir que de una parte, sí que podemos llegar a entender la obligación de solicitar autorización judicial para transmitir contenidos ilícitos y creemos que el problema radica en la ausencia de regulación del material que se va a compartir con los miembros de la organización criminal, porque por ejemplo si el contenido fuese pornografía legal, es decir cuyos protagonistas sean adultos con apariencia infantil, como proponíamos más arriba no sería necesaria tal autorización, se agilizaría su actuación y en definitiva, el proceso porque en la gran mayoría de los casos el agente encubierto informático en un momento u otro va a tener que enviar este tipo de contenidos. Albergamos la esperanza de que esta regulación legal cambie cuando se haya reglamentado el contenido del material que se ha de transmitir por el agente encubierto virtual porque prácticamente en todas sus actuaciones el agente encubierto virtual necesita enviar este tipo de contenidos.

5.4. EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Y COMO MEDIO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL

Efectivamente, esta herramienta de investigación, como ocurre con el agente encubierto tradicional, tiene una doble vertiente que la hace también el doble de atractiva y eficaz, esto es: constituir una herramienta de investigación durante la instrucción y ser un medio probatorio en sí mismo en el juicio oral. Sin embargo, antes de comenzar con la explicación de ambas, hemos de decir que su perfil como medio de investigación en la actualidad es el más desarrollado y el más efectivo, esto es debido a varios motivos de peso que serán expuestos. Su perfil como medio de investigación también entraña varios

problemas como hemos explicado en este epígrafe pero, con todo, la doctrina mayoritaria considera que se trata de una herramienta de investigación muy importante porque consigue obtener información, datos y elementos de convicción de ilícitos muy complicados de investigar al desarrollarse en el seno de las organizaciones criminales que tienen un carácter tan hermético y se caracterizan por la opacidad en sus operaciones.

El agente encubierto informático tiene estas dos vertientes porque contribuye a nutrir la investigación aportando datos, indicios y elementos probatorios durante la fase de instrucción que permite iniciar y seguir con las investigaciones y que tiene que plasmar en las actas y porque en el juicio oral debe ratificar el contenido de las mismas así como someterse al interrogatorio de las partes, por lo que podríamos decir que se trata de una prueba testifical muy cualificada.

Centrándonos en su primera vertiente, se trata de una medida de investigación que puede ser autorizada por el Juez de Instrucción y es muy peculiar, porque se recurre al engaño por parte del Estado dada la gran dificultad que existe para obtener información sobre las organizaciones criminales y todo ello, se complica aún más si hablamos de organizaciones criminales que actúan en internet, donde el anonimato y los perfiles supuestos son la forma usual y más normal de actuar por lo que poder obtener informaciones sobre su forma de proceder así como de los delitos que van a ser perpetrados o que se estén perpetrando es muy complicado, por este motivo y porque la vida e integridad física del agente encubierto sigue corriendo peligro así como la de sus familiares y allegados, se tiene por justificado que opere con una identidad falsa y que el Juez de Instrucción decrete el secreto de las actuaciones y que nunca se pueda revelar la verdadera identidad del agente encubierto a las partes.

Además, con el agente encubierto informático, el Estado también recurre al engaño de forma excepcional porque su fin último es desarticular la organización criminal por encima de las detenciones concretas o las incautaciones de los productos del delito que son también importantes para debilitar a las organizaciones criminales, pero en primer lugar se busca que tenga una infiltración fructífera, es decir, que recabe el máximo de información posible y la traiga al proceso, algo que solamente es posible engañando a los miembros de la organización criminal, ganándose su confianza y actuando durante un periodo de tiempo prolongado constituyendo de esta forma una fuente de pruebas para poder abrir, continuar y llegado el caso detener a los miembros de la organización criminal y en definitiva si es pertinente procesarlos. Todo lo cual, consideramos que de

la primera de sus vertientes o roles en el proceso se desencadena otra: constituir una fuente de pruebas por todos los datos, indicios, pruebas y elementos que, como enunciábamos, el agente encubierto informático puede aportar a la instrucción que pende.

Centrémonos ahora en la segunda vertiente del agente encubierto virtual. La realidad es que si la primera ya genera debate la segunda despierta aún más controversia, y esto es, a nuestro parecer y como ha sido tratado en este trabajo de forma profunda, debido a las protecciones que debe recibir el agente encubierto, también el informático. Pues bien, la otra vertiente del agente encubierto informático es que constituye, como se ha adelantado, una prueba testifical, porque al igual que ha traído al proceso información también ha vivido en primera persona la actividad cotidiana de organización criminal que se investiga virtualmente, así el agente de policía que ha actuado como encubierto informático debe acudir al acto del juicio oral para ratificar personalmente el contenido de las actas y someterse al interrogatorio de las partes, algo que es crucial para que no se vea vulnerado el derecho a la defensa de los enjuiciados.

Es importante apuntar que en el acto del juicio oral también puede mantener la identidad supuesta y que se le aplique la LOPTP siendo ésta la única excepción (junto con el agente encubierto tradicional) al cumplimiento del art.4.3 de la LOPTP porque alguna de las partes puede solicitar de manera motivada al Juez que revele la verdadera identidad del testigo protegido y el Juez puede aceptar, pero aun así no se revelaría la identidad real del agente encubierto, solo podría llegar a revelarse la ficticia que se utilizó durante la investigación y que conocieron las partes. La propia LECrim autoriza en el apartado segundo del art.282 BIS que se puede mantener la falsa identidad cuando el agente encubierto testifique en el proceso y que se le pueda aplicar la LOPTP a pesar de que, a nuestro parecer, las actuaciones encubiertas virtuales generen una menor peligrosidad para el agente de policía.

Además de esto, tenemos que lo haría provisto de las protecciones necesarias y no se revelaría su verdadera identidad, en todo caso proponemos que se pudiese llegar a revelar la identidad la supuesta, porque existe menos riesgo, pues los integrantes de las organizaciones criminales que actúan en el entorno virtual no han visto nunca en persona al agente encubierto informático por lo que las medidas de seguridad podrían ser más laxas que de tratarse de un agente encubierto tradicional, no se suele conocer la apariencia del agente y no se produce el contacto real, físico con su persona y esa falta de intermediación directa aminora la peligrosidad en sus actuaciones.

Conviene en este punto recordar, que ningún funcionario de policía está obligado a actuar como agente encubierto, sino que es una elección voluntaria del mismo, en virtud del apartado segundo del art.282 BIS LECrim por ello, creemos que lo correcto es que este debiera tener la obligación de acudir al plenario a testificar, pues en nuestra opinión si el agente policía accede de forma voluntaria a realizar la infiltración virtual como agente encubierto informático debería estar obligado a acudir al plenario para testificar, porque él mismo aceptó dicha misión de forma voluntaria, teniendo consciencia de la peligrosidad de las actividades de infiltración que son el origen de la voluntariedad que prevé la LECrim.

Hechas las anteriores apreciaciones, el agente encubierto debería acudir al juicio oral para constituir prueba testifical y la misma debería ser practicada en sala. Nosotros consideramos que en las investigaciones en las que los investigados no han visto ni se ha escuchado la voz del policía que hacía de agente encubierto virtual podrían no imponerse barreras visuales, porque realmente si no se ha escuchado su voz ni se le ha visto dejarían de tener sentido siempre que se decida seguir manteniendo su identidad supuesta así como el nombre genérico o en clave o el código numérico o alfanumérico que se le asignó en virtud del art.2 de la LOPTP para protegerle. En cambio, si se llegase a revelar la identidad ficticia con la que actuó el agente encubierto virtual sí que sería necesario ocultar su imagen actual y voz durante sus declaraciones en el juicio oral.

Una vez se practique deberíamos preguntarnos sobre el peso que ha de tener en la causa una prueba con las peculiaridades expuestas. Pues bien, a nuestro parecer y a la luz de todo lo expuesto en este epígrafe el testimonio del agente encubierto informático también podría considerarse como una prueba en sí misma siempre y cuando el mismo funcionario de policía que ha protagonizado las labores de infiltración policial acuda al plenario y ratifique el contenido de las actas y se someta al interrogatorio de las partes. Una vez cumplido lo anterior la prueba testifical que nace del agente encubierto virtual podría por sí sola, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia pero lo que suele ocurrir de nuevo en dichos procesos es que la testifical del agente encubierto virtual no es la única prueba inculpatória que hace al juzgador decidirse sino que viene acompañada de otros datos, indicios y otras pruebas de signo inculpatório, todo lo contenido en las actas ha traído el encubierto virtual al proceso debe ser tenido en cuenta.

5.5. CONCLUSIONES SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO VIRTUAL

Los instrumentos procesales para combatir la delincuencia organizada han de renovarse y reinventarse porque las organizaciones criminales han encontrado un nuevo entorno repleto de posibilidades delictivas, donde mantener el anonimato y la opacidad es muy sencillo, por ello, debemos pedirle al legislador que adquiriera conocimientos sobre ciberdelincuencia, sobre ciberseguridad para hacer propuestas más ajustadas a esta realidad.

El agente encubierto virtual es una herramienta procesal para luchar contra las grandes organizaciones criminales que actúan en internet, por ello, es necesario que los funcionarios policías que deseen cumplir con esta labor cuenten con una especialización en tecnología, ciberdelincuencia y ciberseguridad. Es una herramienta procesal que ocasiona menos costes al Estado ya que no es necesario crear toda una vida ficticia alrededor de la figura del agente encubierto pero su preparación en cibercriminalidad es crucial para asegurar el éxito de las investigaciones. Es más segura dado su carácter mediato.

Por otro lado, es necesario homogeneizar la legislación sobre esta herramienta y favorecer la colaboración entre países dado el carácter transnacional que tiene este tipo de delincuencia. Hay que decir que, sobre esta figura, existen aún muchas lagunas jurídicas que el legislador debe de colmar cuanto antes con el objetivo de obtener seguridad jurídica porque su utilización va en aumento, así el legislador debe especificar qué debe entenderse por canal cerrado de comunicación en la red, porque esta cuestión tampoco se detalla en el anteproyecto de LECrim de 2020, es necesario que también se creen o implementen herramientas para recuperar todos los contenidos ilícitos que han sido transmitidos por el agente encubierto informático durante sus actuaciones porque ni en la actual LECrim ni en el anteproyecto del 2020 se establece que dicho material deba ser vigilado, controlado y recuperado por la policía judicial. Además, se debería establecer la obligatoriedad de que el agente encubierto virtual depusiera en plenario ratificando el contenido de las actas traídas al proceso durante la fase instructora, porque entraña menos riesgos y porque los funcionarios policías eligen realizar estas funciones⁷⁸¹. Así las cosas, a nuestro parecer el delito de obstrucción a la justicia⁷⁸², se

⁷⁸¹ Ya que, como expusimos, la voluntariedad prevista en el art.282 BIS de la LECrim para el agente encubierto tradicional también se aplica al agente encubierto informático.

⁷⁸² Previsto en el art. 463 del CP *“El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando*

encontraría perpetrado por el mismo en caso de no asistir al juicio oral y someterse al interrogatorio de las partes.

Por último, otro aspecto que estimamos debería de modificarse en la legislación actual es que no sean necesarios tantos oficios, tantas autorizaciones judiciales distintas para que el agente encubierto virtual pueda actuar. Decimos esto porque a la luz del art.282 BIS vigente con el agente encubierto informático podríamos estar ante cuatro autorizaciones judiciales distintas y por lo tanto cuatro oficios policiales distintos para que su actuación sea legal y las pruebas sean lícitas.

- En primer lugar, tras las labores de ciberpratlleo en las que se obtienen indicios suficientes como para motivar la solicitud de esta medida de investigación se solicita por la policía judicial al Juez o Fiscal que autorice la actividad encubierta en la red en virtud del art. 282 BIS apartado seis LECrim.
- En segundo lugar, lo más usual es que para poder entrar o mantenerse en el canal cerrado de comunicación en la red en el que presuntamente está actuando la organización criminal el agente encubierto virtual tiene que enviar o intercambiar material ilícito por razón de su contenido, como hemos explicado. Luego tendrá que solicitar autorización judicial para ello, art. 282 BIS segundo párrafo del apartado seis.
- En tercer lugar, si el agente encubierto virtual cuando ya esté actuando en el canal cerrado de comunicación en la red (foro, chat) estima necesario obtener imágenes o grabar las conversaciones que estén aconteciendo deberá solicitar otra autorización judicial, como está previsto en el art. 282 BIS apartado siete LECrim.
- En cuarto lugar, si el agente encubierto informático necesita pasar del plano virtual al plano físico, esto es si le invitasen a acudir al domicilio de alguno de los integrantes de la organización criminal con los que está interactuando necesitaría otra autorización judicial para no afectar al derecho fundamental, en este caso: la inviolabilidad del domicilio art. 18.2 CE, según el art. 282 BIS apartado 3 LECrim.

Sin embargo, sobre las autorizaciones que necesita el agente encubierto virtual para actuar de acuerdo a la legalidad existen opiniones, yuxtapuestas entre sí, sirva de ejemplo

la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.”

LAFONT NICUESA⁷⁸³ que defiende el criterio de que es obligatoria la doble autorización judicial separada, es decir, que el funcionario policía tiene que solicitar al Juez de Instrucción autorización para poder comenzar la actividad encubierta con una identidad supuesta de agente encubierto virtual y también tiene que solicitar otra autorización judicial para poder enviar material ilícito por razón de su contenido. Sin embargo, en el otro extremo encontraríamos a CAROU GARCÍA⁷⁸⁴ que propone seguir los criterios establecidos en la LECrim sobre la entrega vigilada arts.579.3 y 588 TER d) 3 y que sean las unidades especializadas de la policía judicial quienes autoricen la infiltración así como el envío de contenido ilícito dando cuenta inmediata al Juez, en un plazo de 24 horas.⁷⁸⁵ Ninguno de estos dos autores tiene en cuenta que en realidad pueden ser hasta cuatro las autorizaciones judiciales preceptivas para que su actividad resulte legítima.

A nuestro parecer, como adelantábamos en el anterior apartado, para nosotros a efectos de que no se ralenticen las actuaciones y no se ponga en riesgo la actuación encubierta en la red y por ello no se vulneren los principios del proceso penal y los derechos, garantías de los investigados en el primer oficio en el que la policía solicite autorización de esta medida de investigación tecnológica, se podría solicitar también poder enviar material ilícito por razón de su contenido, de esta forma, si el Juez lo autorizara mediante un solo auto seguiríamos teniendo la autorización judicial expresa para enviar estos contenidos que establece el art. 282 BIS apartado 6 LECrim porque si se autoriza la actuación del agente encubierto informático se debe tener en cuenta que estas situaciones van a ocurrir durante su actuación y que como se ha expuesto, en internet todo pasa muy rápido y podrían llegar a desconfiar del mismo.

Así las cosas, pensamos que obtener a la vez autorización judicial para actuar como agente encubierto informático y para transmitir los contenidos ilícitos, art. 282 BIS apartado seis, así como para obtener imágenes y/o grabar conversaciones del canal cerrado art. 282 BIS apartado siete podría generar una economía procesal necesaria para

⁷⁸³ LAFONT NICUESA, L., ``El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal'', *op. cit...*p.8.

⁷⁸⁴ CAROU GARCÍA, S., ``El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet'', *op. cit...*p.38.

⁷⁸⁵ Nosotros no compartimos el criterio de este último autor porque consideramos que tanto la medida de investigación en sí misma como el hecho de enviar contenidos ilegales son cuestiones que deben ser autorizadas por el Juez, como está previsto dada la importancia penal y los riesgos que entrañan, como se ha explicado.

agilizar las investigaciones y salvar los derechos y garantías de los encausados durante la investigación. Proponemos que solo se deba realizar un oficio policial y dictar un auto para estas tres cuestiones de forma que solo se tenga que realizar otro oficio y dictar otro auto cuando el agente encubierto informático considere que va a afectar a algún otro derecho fundamental, por ejemplo porque le hayan invitado a acudir a un domicilio de los miembros de la organización criminal con los que interactúa en el canal cerrado de comunicación en virtud del art. 282 BIS apartado tres. Consideramos que esta propuesta es necesaria porque tantos oficios policiales, y tantos autos y, en definitiva, tanto tiempo de tramitación más que aportar seguridad genera demasiados riesgos siendo un claro ejemplo de excesivo ``garantismo`` que en este caso obstaculizaría la actuación de la justicia y que consideramos aún más peligroso en internet donde todo acontece más rápido.

CAPÍTULO SEXTO

LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DEL AGENTE ENCUBIERTO

6.1. INTRODUCCIÓN

El ámbito de actuación del agente encubierto es la delincuencia organizada, como se expuso en esta tesis, en el capítulo dedicado a la misma determinamos que una de sus características era la internacionalidad, por ello, inexorablemente las herramientas que se usen para investigarlo deben poder actuar en distintos países, en tantos como la organización criminal que se está investigando actúe. Para hablar sobre esta arista del agente encubierto tenemos que comenzar exponiendo las normas que promocionan dicha actuación, como son: el Convenio de Palermo, porque esto es algo que ya preveía la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁷⁸⁶, así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁷⁸⁷ ambas, en su articulado prevén que los Estados utilicen las técnicas especiales de investigación creando acuerdos entre ellos que lo faciliten, que les aporten igualdad entre ellos. Como ya se expuso, el Convenio de Palermo recoge expresamente que cada Estado puede acudir a las operaciones encubiertas en la lucha contra el crimen organizado si lo permite su ordenamiento jurídico interno y lo consideran ajustado.

Así las cosas, cuando se dicta la autorización judicial para actuar como agente encubierto se hace para infiltrarlo en una organización criminal, lo hace el Juez de Instrucción bajo su jurisdicción pero la realidad es que como la delincuencia organizada tiene un carácter transfronterizo, en la mayoría de las ocasiones las operaciones de las grandes redes criminales son internacionales por lo que la actividad de los agentes encubiertos también habrá de serlo. Todo ello ocasiona que los Estados tengan la necesidad de cooperar, colaborar de manera efectiva en las operaciones internacionales encubiertas.

⁷⁸⁶ Creada en Palermo el 13 de diciembre del 2000 y publicada en el BOE español el 29 de septiembre de 2003. Art. 20.

⁷⁸⁷ Creada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y publicado en el BOE español el 31 de octubre de 2003. Art. 50.

6.2. COOPERACIÓN JUDICIAL CON OTROS ESTADOS EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PENAL: ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

Aunque en la actualidad en España no exista una regulación de la actuación específica de las actividades internacionales de investigación encubiertas, sí contamos con algunos mecanismos internacionales de cooperación en materia de investigación penal⁷⁸⁸, en los que podemos encajar la actuación y los resultados de la investigación del agente encubierto cuando es internacional.

6.2.1. El Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal

Empecemos destacando el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal⁷⁸⁹, que se trata de una norma por la cual se crean mecanismos de cooperación entre los Estados miembros para lograr una efectiva asistencia judicial en materia penal. Para encontrar información específica sobre las operaciones encubiertas debemos acudir a su segundo protocolo adicional donde se prevé que varios Estados miembros pueden acordar su colaboración para que agentes encubiertos o que actúen bajo identidad falsa puedan realizar investigaciones penales. También, establece que las autoridades competentes del Estado al que se le solicita tal colaboración, esta ``asistencia'', son las que tienen que tomar la decisión de autorizarlo o no, atendiendo a si es posible o no en virtud a su derecho interno y que ambos Estados deben acordar su duración en función de sus normas y sus procedimientos nacionales.

El segundo protocolo adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal especifica el derecho aplicable en cada caso, diciendo que *``las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el derecho y los procedimientos nacionales de la Parte en cuyo territorio se realicen.``* También establece

⁷⁸⁸ Recordemos que el Consejo de Europa se reunió en Tampere en octubre del 1999 donde se manifestó que *``las personas tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito``* por lo que la cooperación judicial es crucial para luchar contra la delincuencia organizada. En la misma convención, se estableció que era necesaria la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave en base a una estrecha cooperación, como ya se expuso.

⁷⁸⁹ Introducido en el BOE a través del Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Nº 223, de 17 de septiembre de 1982.

que los Estados que participen en estas operaciones encubiertas deben de colaborar para garantizar su preparación y supervisión, además de adoptar las medidas que sean necesarias para la seguridad de los agentes encubiertos.⁷⁹⁰

6.2.2. Orden Europea de Investigación en materia penal

Este instrumento, regulado en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se traspuso al ordenamiento jurídico español gracias a su trasposición con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE, para regular la Orden Europea de Investigación. Pues bien, esta última fue modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio en la que podemos encontrar que se habla sobre las operaciones encubiertas. Así las cosas, se establecen los criterios y el procedimiento a seguir para que un agente de otro Estado de la UE investigue en España.⁷⁹¹ España, por ser miembro de la UE también puede emitir una orden europea de investigación con la necesidad de infiltrar un agente de policía español en una organización criminal que actúa en el extranjero.

A la luz de lo anterior, como venimos anunciando, la delincuencia organizada hoy en día tiene una naturaleza esencialmente internacional. Por lo que en las operaciones encubiertas, cabe plantearnos varios escenarios teniendo en cuenta dicha característica:

A) Que se autorice la infiltración de un agente encubierto español en una organización criminal que está actuando en España y que en el devenir de las operaciones de la misma se superen nuestras fronteras, actuando la organización criminal que se investiga en otros países.

En estos casos, en primer lugar, las actuaciones que se llevarán a cabo son: que el agente encubierto describa lo ocurrido en sus actas, y/o que el mismo, el agente de enlace o cobertura, el equipo de investigación o bien la Unidad de Agentes Encubiertos den cuenta de ello de forma inmediata al Juez de Instrucción que haya autorizado la infiltración. Una vez la fuerza instructora tenga constancia de que la

⁷⁹⁰ Art. 19 del Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001. BOE nº133 de 1 de junio de 2018.

⁷⁹¹ Como expone profundamente LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, op. cit... p. 304-306.

actividad de investigación ha superado la jurisdicción española deberá diferenciar entre si dicha actividad se ha extendido a un país de la UE o a otro distinto.

Si se trata de un país miembro de la UE, entonces cursará una Orden Europea de Investigación (OEI, en adelante) a dicho país y se deberá de seguir el procedimiento previsto en su ley por la que se trasponga la directiva de la OEI, 2014/41/CE. Ambos países colaborarán y fijarán los parámetros en los que se va a desarrollar la investigación encubierta así como su duración, en virtud a lo establecido en la legislación española y la del Estado donde se va a actuar, ambas deben ser respetadas para que la intervención del agente encubierto sea exitosa.

Así las cosas, como ocurre en el procedimiento articulado por España⁷⁹², lo normal es que el Juez de Instrucción que haya autorizado la actividad encubierta, motive razones por las que es necesaria la operación encubierta internacional⁷⁹³ sobre todo el Juez de Instrucción debe de explicar en qué medida el empleo de esta técnica de investigación permitirá profundizar en esas investigaciones y en consecuencia que el proceso penal avance. En dicha petición se debe solicitar la colaboración del Estado de la UE al que se dirija.

Lo usual es que nuestro agente encubierto que actúe en el extranjero, en un Estado miembro de la UE y con una OEI de por medio esté sometido a las condiciones de la operación encubierta que haya previsto España con el Estado donde deba de actuar, como hemos dicho, respetando tanto su legislación vigente como la española. El funcionario policía debe conocer las condiciones, la duración de su actividad y el régimen jurídico que se le va a aplicar⁷⁹⁴ y esto último es muy importante porque es una garantía tanto para el agente encubierto como para los investigados que dará lugar a que las pruebas recabadas en el extranjero puedan entrar en el proceso penal español lícitamente. Y España con el Estado o Estados en los que esté interesando la infiltración deben de trabajar coordinadamente, esto pasa por establecer juntos la duración de la infiltración y establecer sus condiciones teniendo en cuenta y respetando tanto la legislación española como la del Estado o Estados en los que se va a desarrollar dicha actividad, para no vulnerar ninguna de ellas. Solo respetando

⁷⁹² Previsto en la Ley nº 3/2018, de 11 de junio por la que se modifica la Ley nº 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE, para regular la Orden Europea de Investigación.

⁷⁹³ En virtud al art. 201 de la Ley nº 3/2018, de 11 de junio por la que se modifica la Ley nº 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE, para regular la Orden Europea de Investigación.

⁷⁹⁴ Algo que establece el Art. 201. 1 de nuestra Ley 3/2018 para cuando un agente encubierto extranjero se debe infiltrar en organizaciones criminales que operan en España.

tanto la legislación española como la del país en el que actúa, las pruebas que recaben serán admisibles en el proceso penal español.⁷⁹⁵

Hemos de resaltar que, España puede interesar una OEI para que el agente encubierto español pueda llevar a cabo su operación en un país miembro de la UE y dicho país puede no aceptar colaborar con España. Esto suele ocurrir cuando las razones que se expongan no sirvan para motivar una operación encubierta en el Estado al que se dirige la OEI, como ocurriría también en España, o cuando no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones para llevar a cabo la actividad encubierta. Y esto último limita mucho las actividades de investigación en el extranjero, porque recordemos, son pocos los Estados que prevén una regulación específica sobre las operaciones encubiertas, se trata, como sabemos, de una materia regulada por los Estados de la UE de manera fragmentaria y poco uniforme⁷⁹⁶, por ello, pensamos que lo ideal sería que se permitiera la actividad del agente encubierto siempre que el mismo respetase los derechos de los investigados en los Estados extranjeros en los que lleva a cabo su labor de investigación encubierta.

Si no se trata de un país miembro de la UE entonces no se puede cursar una OEI y dicho agente policial estará sometido a la legislación vigente del mismo, que puede no existir o ser muy distinta a lo previsto en España o en los países de la UE sobre dichas operaciones, esto es un gran hándicap para el agente, porque no muchos Estados cuentan con una regulación específica de este tipo de investigaciones y porque, de existir, recordemos que estamos ante un funcionario agente de policía español que debería estudiar la legislación extranjera para poder actuar en consecuencia. Lo lógico es, que al igual que ocurre en España cuando un agente encubierto extranjero actúa en nuestro país, se le equipare a un policía de dicho Estado. Nos parece muy preocupante este aspecto porque muchas operaciones encubiertas suelen desarrollarse entre los países del sur de América⁷⁹⁷ y España, encontrándonos con esta situación de manera tan asidua para la escasa previsión legal que existe. La práctica jurídica revela que lo que suelen hacer los juzgados españoles

⁷⁹⁵ Y aquí debemos tener muy en cuenta lo consagrado por la STS 477/2013, de 3 de mayo sobre el principio de admisibilidad de la prueba transnacional en la UE, expresamente *“no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la UE, ni menos a su adecuación a la legislación española cuando aquellos se han realizado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de conformidad con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959”*.

⁷⁹⁶ Que es necesario armonizar.

⁷⁹⁷ Aquí habría que tener en cuenta lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

es dirigir una comisión rogatoria a la fiscalía o juzgado que se considere competente del lugar en el que está actuando la organización criminal en el país extranjero no perteneciente a la UE con el fin de obtener la cobertura legal preceptiva para la actuación del agente encubierto español en esa organización criminal que se encuentra en dicho país. Es necesario que se conceda la comisión rogatoria para que las pruebas recabadas por el agente encubierto en el extranjero puedan entrar y ser tenidas en cuenta en el proceso penal que se desarrolle en España.

En muchas ocasiones es urgente que la actividad encubierta sea autorizada para seguir actuando en el extranjero y por ello, en todos los casos expuestos la policía puede realizar un escrito, con toda la información sobre la operación y en la que se determine la urgencia y que posteriormente se dirigirá una OEI o una comisión rogatoria.⁷⁹⁸

- B) Que se autorice la infiltración de un agente encubierto español en una organización criminal que actúa en el extranjero.

En este supuesto, lo primero que debemos plantearnos es si existe pendencia activa en España, porque si la fiscalía española no ha abierto diligencias o no existe procedimiento judicial en España no se producirá la autorización Judicial o fiscal sino que será el Ministerio del Interior quien autorice la operación encubierta.⁷⁹⁹ En cambio, si existiera tal pendencia, el Fiscal o el Juez de Instrucción autorizará la actuación del agente encubierto y si se trata de una operación encubierta en un Estado miembro de la UE, al que se le podrá plantear una orden europea de investigación en materia penal (desde los comienzos de la actuación encubierta acontecerá lo descrito *supra*) o si se pretende realizar en otro Estado que no forma parte de la UE, donde la infiltración policial una vez autorizada en España, al ser desarrollada en un país extranjero no perteneciente a la UE desde sus albores, se reglamentará según lo dispuesto en las leyes de cada Estado.

Es importante tener en cuenta en este punto, que muy pocos Estados de la UE tienen una regulación específica y pormenorizada de las operaciones encubiertas. Ni siquiera España cuenta con un estatuto del agente encubierto o un reglamento de las

⁷⁹⁸ Como expone DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... p. 87.

⁷⁹⁹ Como se expone en las conclusiones de las Jornadas sobre el Marco Jurídico de Actuación del Agente Encubierto. Madrid, 29 de mayo de 2015. Consejo General del Poder Judicial, pp. 1-5.

operaciones encubiertas, esto supone riesgos y a la vez dificulta y ralentiza estos procesos de infiltración internacional tan comunes en la actualidad. Advirtamos que en el proceso penal español solo podrán entrar las pruebas que hayan sido obtenidas conforme al derecho español, la falta de regulación legal específica sobre las actividades encubiertas de investigación, como todas las lagunas legales, abren muchos interrogantes y ocasionan problemas. Pongamos por ejemplo el caso en que en otro Estado no se prevea lo mismo que en España sobre la provocación del delito por parte del agente encubierto, y éste obtenga pruebas en el extranjero de esta forma, si fuesen tenidas en cuenta en el proceso penal español la defensa podría motivar la nulidad de las actuaciones porque es una prueba ilícita y con certeza las investigaciones realizadas por el agente encubierto no tendrían valor en la causa.

Por último, también se deberá producir la cooperación judicial con otros Estados en materia de investigación penal cuando sea un agente encubierto extranjero el que acuda a investigar a España. En ese caso, se equiparará a un policía español tal y como prevé el art. 210.1 de la Ley 3/2018 y deberá estar autorizado en el Estado del que provenga⁸⁰⁰ y deberá ser autorizado por el Juez o Fiscal competente en España, deberá respetar la legislación vigente sobre la materia en su Estado y por supuesto la Española y además, en estos casos la policía española realiza una labor de acompañamiento a tal profesional, así es como se revela de la práctica policial. Un agente de policía español sigue las actuaciones del agente encubierto extranjero en España como podemos observar, por ejemplo, en la SAN 13/2005, de 25 de febrero. Además, autores como CONDE PUMPIDO GARCÍA⁸⁰¹ estiman que esto es otra actividad que es llevada a cabo por el agente de cobertura o enlace. Por supuesto, todo lo regulado para el agente encubierto español le será de aplicación al agente encubierto extranjero que actúe en España, sobre todo con respecto a mantener su identidad en secreto. Y es muy importante tener en cuenta que, en el proceso penal español sí que podrán ser tenidas en cuenta las actuaciones de un agente encubierto extranjero que operó en el extranjero de acuerdo a las normas de dicho

⁸⁰⁰ Siempre que así se contemple en su legislación, si en la misma no se recoge la autorización del agente encubierto, por supuesto no será necesaria dicha autorización por parte de su Estado de origen y aquí tendremos que actuar bajo el principio internacional de “confianza mutua”, todo lo cual, sí que tendrá que recabar la autorización en España porque va a actuar en nuestro Estado y así lo contempla el art. 282 BIS LECrim.

⁸⁰¹ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., “El agente encubierto en la legislación española”, *op. cit.*... p. 15-16.

país porque no se puede imponer el cumplimiento de la legislación española en las actuaciones que se lleven a cabo fuera de España.⁸⁰²

Expuesto lo anterior, nos parece que la cooperación judicial entre Estados es esencial y cada vez se desarrolla con más asiduidad, es cierto que se procura actuar con la máxima premura y flexibilidad para que los agentes de policía que estén actuando en cualquier Estado tengan la suficiente cobertura legal como para sentirse seguros y para que todas las pruebas que recaben como producto de su peligroso trabajo puedan ser tenidas en cuenta en el proceso penal. Es muy importante tener presente que el agente encubierto español que actúe en el extranjero (independientemente de si se trata de un Estado de la UE o no) como los agentes extranjeros que actúen en España no pueden realizar actuaciones no permitidas en la ley española.

⁸⁰² Como podemos observar en jurisprudencia reciente, como la STSJ de Extremadura 11/2021, de 17 de febrero, cuestión con la que no estamos del todo de acuerdo.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA

7.1. REGULACIÓN LEGAL

La delincuencia organizada en Italia ha sido y es una gran lacra presente de manera estructural y transversal en su sociedad desde muy antiguo. La misma ha sido siempre muy complicada de investigar, por ello, las operaciones encubiertas han sido y son utilizadas para tratar de obtener indicios y pruebas para conseguir castigar a los victimarios. El legislador italiano atendió las peticiones de regulación directa a principios de los años noventa, cuando se tuvo que crear una legislación de emergencia. Se legisla para combatir el crimen organizado y otras formas más graves de delincuencia.

Todos los autores consultados coinciden en que la regulación de las operaciones encubiertas han sido recogidas en normativas diversas de manera heterogénea a lo largo de los años⁸⁰³. De manera que desde los años noventa se ha ido evolucionando desde una regulación sectorial hasta tener, lo que se conoce como *“el estatuto de las operaciones encubiertas”*⁸⁰⁴. Veamos las principales normas que han regulado las operaciones encubiertas en Italia:

Legge 9 ottobre 1990, n. 309 Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685 recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, provenzone, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza⁸⁰⁵

En primer lugar nos referimos a esta norma, se trata de un decreto del presidente de la República de 9 de octubre de 1990 sobre narcotráfico. Fue creado por el legislador

⁸⁰³ CATERINI, M., ROCCA, M., *“L’agente sotto copertura al limite della provocazione”* en *ORDINES* número 1, 2022, pp. 164-192, FANCHIOTTI, V., *“Agente sottocopertura”*, en *Enciclopedia del Diritto*, ed. Giuffrè Editore, Italia, 2021, pp. 1-25, ROSS, J., *“Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto”* en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, numero 1, 2020, COTTI, G., *“Operazioni sotto copertura e garanzie procedurali”*, *Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale*, Dir. Orlandi, R., Università di Bologna, 2018, pp. 26-52, entre otros.

⁸⁰⁴ Aunque en puridad, no se trata de una norma estatutaria, sino que es una ley conocida como estatuto de las operaciones encubiertas.

⁸⁰⁵ En español, Ley nº 62 de 26 de junio de 1990 que actualiza, modifica y completa la Ley nº 685 de 22 de diciembre de 1975 que regula los estupefacentes y las sustancias psicotrópicas, la procedencia, el tratamiento y la rehabilitación de la toxicomanía. Otros ejemplos sobre la regulación del agente encubierto en países europeos, además de los expuestos en el capítulo anterior, los podemos encontrar en Alemania con la Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacentes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada del 15 de julio de 1992 (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität- OrKG) y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO ha introducido la figura del agente encubierto (Verdeckter Ermittler).

italiano en estela, por repercusión de la Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988 sobre la represión del tráfico de estupefacientes que fue ratificada por Italia el 5 de noviembre de 1990, n. 328. Dicho texto único de la ley en materia de disciplina de los estupefacientes de 1990 contiene la primera regulación de las actividades encubiertas.

Se trata, por tanto, de la primera disposición sobre la materia contenida en la 162/1990 (complementario de la ley n. 685/1975) que introdujo, en el art. 25, el "Capítulo III - Disposiciones sobre la actividad de policía judicial". De esta forma, la Ley del 1990 como decimos, fue la primera norma que regula las actividades encubiertas, por la misma se autoriza a la policía judicial perteneciente a la unidad especializada antidroga a infiltrarse en organizaciones criminales. De esta forma, se trata de una positivización bastante tardía de esta figura, aunque tenga lugar antes de que se regulara en España por primera vez en el 1999.⁸⁰⁶

En la norma italiana se establece que la policía judicial involucrada en la compra simulada de sustancias estupefacientes y psicotrópicas siempre que cumplan determinadas condiciones de legitimidad, no es punible. Los agentes encubiertos en virtud de esta ley podían proceder a la compra, a adquirir drogas y estaban exentos de punibilidad, pero no para realizar otras conductas prohibidas. Posteriormente, la jurisprudencia amplió estas actividades a la tenencia, el transporte, exportación e importación de sustancias estupefacientes.

Determina que la adquisición simulada de estupefacientes está dirigida exclusivamente a obtener elementos de prueba relativos a los delitos previstos en dicha ley. Debiendo informar inmediatamente a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y a la autoridad judicial. Por lo que estamos ante una eximente del cumplimiento de un deber, y por ello no habría antijuricidad en su comportamiento, no sería punible. Hemos de destacar que la jurisprudencia italiana extendió tal antijuricidad a todas aquellas actividades que pueda realizar el agente policía con estrecha relación al tráfico de sustancias estupefacientes. Su jurisprudencia también se pronunció sobre la forma en que se debe calificar y tratar al agente encubierto en el proceso penal determinando que ha de ser como testigo siempre que haya actuado de acuerdo a la ley, de lo contrario no se le podrá tratar como testigo, no se le podría aplicar la eximente legal y entraría como coimputado en el proceso penal italiano.

⁸⁰⁶ Con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero.

Sin embargo, en virtud de cómo participaría el agente encubierto en el delito que se investiga estaríamos ante un coimputado y en el plenario participaría como tal.⁸⁰⁷

A la luz de esta norma, en su art. 25 se le reconoce la categoría de infiltrado, representando el momento de la compra de sustancias estupefacientes el culmen de dicha operación junto con la averiguación y obtención de medios probatorios, sus actividades no pueden exceder de las descritas, es decir, solo puede hacer lo estrictamente necesario para cumplir dichos objetivos (como ocurría y ocurre en España, para no incurrir en la provocación del delito).⁸⁰⁸

Legge 15 marzo 1991, n. 82, conversione in legge, con modificazioni, di decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia.⁸⁰⁹

En segundo lugar y al año siguiente, se dicta el decreto ley 15 de enero de 1991 número 8 convertido con modificaciones en la ley 15 de marzo de 1991 número 82. En la misma es resaltable que también se prevén operaciones simuladas de pagos de rescate cuando sea necesario para obtener pruebas sobre los secuestradores.

Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306 Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa⁸¹⁰

Posteriormente fue convertido en Ley el 7 de agosto del 1992 con n.356, se pronuncia de manera similar a la anterior norma, en el art.12 QUARTER 1 y 2 de esta norma justifican las actuaciones de los agentes de la policía judicial o de la Direzione

⁸⁰⁷ Algo que, como apunta el profesor GASCÓN INSCHAUTI es controvertido ya que el art.197.1 del Codice di procedura Penale prohíbe escuchar como testigo a un coimputado, y como señala PETRELLA es necesario que se den otros elementos probatorios para confirmar su verosimilitud, algo que podemos observar en el art.192.3 del mismo código. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit...p. 49 y PETRELLA, M., *“L’acquisto simulato di droga. Art. 97”* en *Le sostanze stupefacenti*, Coord. Insolera, G., Turín, 1998, pp.349-351.

⁸⁰⁸ En Italia, el antecesor del agente encubierto es el agente provocador, cuya utilización está prohibida por la Corte de Estrasburgo, como ya analizamos en otros apartados. STEDH, de 9 junio del 1998, caso Teixeira de Castro versus Portugal, número 25829/94 o STEDH de 10 de junio de 2008, caso Kuzmickaja versus Lituania, número 27968/03, como ya expusimos cuando hablamos del delito provocado en esta tesis.

⁸⁰⁹ En español: Ley nº 82, de 15 de marzo de 1991, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley nº 8, de 15 de enero de 1991, que contiene nuevas medidas relativas al secuestro con extorsión y a la protección de las personas que colaboran con la justicia.

⁸¹⁰ En español Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306 Modificaciones urgentes del nuevo Código de Procedimiento Penal y disposiciones para combatir la delincuencia mafiosa

investigativa antimafia siempre y cuando se de cuenta inmediata al Juez de su actuación cuando dichos agentes estén trabajando para obtener pruebas, cuando proceden a sustituir dinero, bienes que provengan de las actividades delictivas así como adquirir, recibir u ocultar armas, municiones o explosivos y siempre y cuando esto se realice con el fin de investigar dichos delitos.⁸¹¹

Legge 3 agosto 1998, n. 269 Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù⁸¹²

Más adelante en el tiempo encontramos esta cuarta norma de referencia que prevé la utilización de esta herramienta de investigación en la investigación de estos delitos. Concretamente su art.14. Dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico italiano también prevé la figura del agente encubierto en el art.14 de su Ley contra la explotación de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual en detrimento de los menores, como nuevas formas de esclavitud del 3 de agosto de 1998, n.269, en la misma se prevé la infiltración para obtener pruebas de estos delitos tan graves, siempre, como en los anteriores casos, con autorización judicial. En esta ley se prevé la utilización de agentes encubiertos para investigar estos delitos, para estos fines, los mismos podrán simular la adquisición de pornografía infantil así como participar como intermediarios para divulgar estos contenidos, también pueden participar en la investigación de las actividades turísticas de prostitución de menores. Es importante destacar que se regula expresamente la infiltración en la red con el objetivo de poder investigar también en este entorno porque ya desde antes de la promulgación de dicha norma se venían observando la preparación, el fomento e incluso la perpetración de estos delitos en la red.⁸¹³

⁸¹¹ Este artículo concretamente en español: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal, los agentes de la Policía Judicial, de la Dirección de Investigación Antimafia (...), no son sancionables, a los efectos de la obtención de pruebas sobre los delitos a que se refiere el artículo 648 BIS y 648 TER del Código Penal, cuando procedan a la reposición de dinero, bienes u otros beneficios derivados de cualquiera de los delitos señalados en los artículos antes mencionados, o bien procedan de tal forma que dificulte la identificación de su origen o con el fin de permitir su uso.

⁸¹² En español: Ley nº 269 de 3 de agosto de 1998 Normas contra la explotación de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual en perjuicio de menores, como nuevas formas de esclavitud.

⁸¹³ De hecho, las operaciones encubiertas en internet se prevén en Italia en la Legge n. 269/1998 contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de esclavitud, concretamente en su art. 14.2 de la que hablaremos más adelante en este capítulo.

Por último, es importante añadir que, a diferencia de las otras normas que regulan el agente encubierto en dicho ordenamiento, en esta el legislador italiano presta más atención en la autorización que debe otorgar el Juez, y se detallan más las actividades que puede protagonizar el agente encubierto⁸¹⁴.

Legge 15 dicembre 2001, n. 438 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale⁸¹⁵

Que también prevé la posibilidad de autorizar esta herramienta de investigación para estos delitos.

Legge 16 marzo 2006, n. 146. Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001⁸¹⁶

Por otro lado, también hemos de mencionar la ley número 146 del 2006 de Ratificación y ejecución de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁸¹⁷ y el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños⁸¹⁸ con esta ley se pretende unificar toda la regulación de las operaciones encubiertas de los anteriores 16 años, porque la parcelación normativa que existía daba lugar a grandes incertezas a nivel interpretativo, aplicativo y operativo. En la misma los art. 9 y 11 dibujan una disciplina estandarizada de las operaciones encubiertas. El art. 9 trata expresamente de las ``operaciones encubiertas`` y el art. 11 sobre ``Casos especiales de decomiso obligatorio y decomiso equivalente``.

⁸¹⁴ Pero, a la luz de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit... p.53. A pesar de ello, seguía siendo una regulación ``incompleta y sectorial`` opinión a la que nos sumamos.

⁸¹⁵ En español: Ley nº 438 de 15 de diciembre de 2001 Conversión en ley, con modificaciones, del Decreto Ley nº 374 de 18 de octubre de 2001, que contiene disposiciones urgentes para luchar contra el terrorismo internacional.

⁸¹⁶ En español: Ley nº 146 de 16 de marzo de 2006. Ratificación y ejecución de la Convención y Protocolos de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000 y el 31 de mayo de 2001.

⁸¹⁷ De 15 de diciembre del 2000, también llamada Convención de Palermo.

⁸¹⁸ Adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.

De acuerdo con CATERINI y ROCCA efectivamente, unificó la regulación de esta figura que estaba muy fragmentada y era incompleta.⁸¹⁹ Deroga las anteriores normas sobre la materia porque las armoniza. Además, introduce una nueva figura de agente encubierto en materia de juegos con el fin de impedir el juego a los menores cuyo premio sea en dinero, luchar contra la evasión fiscal y el uso de prácticas ilegales para eludir el monopolio público del juego. Prevé que los sujetos legitimados para ejercer de agente encubierto son los policías judiciales pertenecientes a las estructuras especializadas de la Policía del Estado, de los Carabinieri y del Cuerpo de la Guardia di Finanza o de la Dirección de Investigación Antimafia, dentro de los límites de sus competencias. Esta ley, también garantiza la no punibilidad del agente encubierto en unos casos determinados como podemos observar en su art. 9, sin perjuicio de lo previsto en el art. 51 de su CP.

El agente encubierto en Italia es punible, pero existen supuestos de impunidad para que desarrolle su trabajo. Esta ley también prevé crear una identidad falsa y todo lo necesario para que la misma sea creíble y para salvaguardar la identidad del agente encubierto. Introduce un delito que castiga a quien divulgue su identidad, art. 9, co. 10, de la ley n. 146/2006. La normativa italiana establece que la actividad del agente encubierto debe ser dirigida a recoger elementos de prueba de los delitos específicamente indicados en la ley. Y determina los delitos que específicamente puede investigar el agente encubierto en su art. 9. Especifica, que el agente encubierto debe trasladar toda la información al Fiscal General en el Tribunal de Apelación, y en los casos previstos por el art. 51, co. 3-bis, a la Fiscalía Nacional Antimafia.

Según FANCHIOTTI este intento de unificación legislativa no tuvo los resultados que se esperaba porque no se deroga toda la normativa anterior dando lugar a que convivan normas heterogéneas que no aportan homogeneidad a la regulación de la materia.⁸²⁰

⁸¹⁹ CATERINI, M., ROCCA, M., "L'agente sotto copertura al limite della provocazione" *op. cit.*... p. 166.

⁸²⁰ FANCHIOTTI, V., "Agente sottocopertura", *op. cit.*... p. 19, porque según el apartado 11 del art. 9 de la misma Ley 146/2006 solo deroga el Art. 10 del Decreto-Ley n° 419, de 31 de diciembre de 1991, convertido, con modificaciones, en la Ley n° 172, de 18 de febrero de 1992, en su versión modificada. El art. 12 quáter del Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n° 306, convertido, con modificaciones, por la Ley n° 356 de 7 de agosto de 1992; el Art. 12, apartado 3-septies, del Texto Único del Decreto Legislativo n° 286, de 25 de julio de 1998; el apartado 4 del art. 14 de la Ley n° 269, de 3 de agosto de 1998; el art. 4 del Decreto-Ley n° 374, de 18 de octubre de 2001, convertido, con modificaciones, por la Ley n° 438, de 15 de diciembre de 2001; el art. 10 de la Ley n° 228, de 11 de agosto de 2003.

En definitiva, con la reforma del 2006 se confirmó y unificó que la policía judicial podía realizar actividades encubiertas de las cuales se debía informar al Fiscal General así como al Fiscal General de Apelación y, para los delitos contemplados en el artículo 51, apartado 3-BIS, Código de Procedimiento Penal, al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista, antes de iniciar la propia actividad encubierta porque de lo contrario, sería solamente infiltrada y después se añade el deber de los agentes de policía individuales de notificar al magistrado lo antes posible y siempre en un plazo de como máximo 48 horas.

Es conveniente destacar la última modificación que ha sufrido esta norma en octubre del 2023 a través de la La LEGGE 9 ottobre 2023, n. 137 (in G.U. 09/10/2023, n.236) afecta al art. 9 que modifica el régimen jurídico del agente encubierto en Italia. Añadiendo específicamente otro supuesto de no punibilidad del agente encubierto, en el apartado 1 b) cuando penetren en un sistema informático o de telecomunicaciones, dañen, deterioren, supriman, alteren o de cualquier forma interfieran en un sistema informático o de telecomunicaciones o en las informaciones, datos y programas contenidos en los mismos, activen identidades, incluidas las identidades digitales, dominios y espacios informáticos cualquiera que sea su denominación, incluso mediante el tratamiento de datos personales de terceros, o tomen el control o usen el dominio y el espacio informático de otra persona cualquiera que sea su denominación o realicen actividades instrumentales.

También se añade el apartado TER a la letra b) de la que hablamos, estableciendo la no punibilidad de los agentes encubiertos informáticos cuando en el curso de sus investigaciones dañen, deterioren , borren, alteraren o en cualquier caso intervengan en un sistema informático o de telecomunicaciones o en la información, datos y programas contenidos en el mismo, activen identidades, incluidas las digitales, dominios y espacios informáticos cualquiera que sea su denominación, traten datos personales de terceros, o tomen el control o en cualquier caso hagan uso del dominio y espacio informático de otra persona cualquiera que sea su denominación o realicen actividades instrumentales.

Al apartado cuarto del art. 9 se añaden otros casos en los que el órgano que ordene la ejecución de las operaciones contempladas en los apartados 1 y 2 debe informar previamente a la autoridad judicial encargada de la investigación, tales son los recogidos en los artículos 51.3-BIS y 3-TER y 371-BIS.4-BIS su CPP, al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista.

Y por último, en el apartado ocho siempre del art. 9 se añade que para las infracciones contempladas en el artículo 51, apartados 3-BIS y 3-QUÁTER, y 371-BIS, apartado 4-BIS, del Código de Procedimiento Penal, se especifica que las comunicaciones mencionadas en los apartados 4, 6 y 6-BIS y las medidas adoptadas por el fiscal en aplicación del apartado 7 serán transmitidas al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista.

Legge 3 agosto 2007, n. 124 Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto⁸²¹ in particolare agli art. 17-28.

Se trata de la ley que reforma la estructura y la organización de los servicios secretos de la República Italiana y del secreto de Estado en Italia. Concretamente, nos gustaría destacar los arts. 17 al 28 pues tienen especial relevancia y relación con este trabajo de investigación. Este abanico de artículos se encuentran en el capítulo III sobre las garantías funcionales el estatuto jurídico del personal y contabilidad.

Así, el art. 17 trata sobre el alcance de las garantías funcionales por el cual se prevé una exención de responsabilidad criminal para los servicios de inteligencia ``servizi di informazione`` siempre que estén legítimamente autorizados en cada momento en la medida y sean indispensables para los fines institucionales de dichos servicios, y siempre que se cumplan con los límites establecidos en los apartados 2, 3, 4 y 5 de dicho art. 17 y de los procedimientos previstos en el art. 18. Por lo tanto, no se les aplicaría dicha exención de responsabilidad criminal cuando cometan delitos que pongan en peligro o lesionen la vida, integridad física, la personalidad individual, la libertad personal, la moral libertad personal, la libertad moral, la salud o la seguridad de una o más personas. Cuando cometan alguno de los delitos recogidos en los art. 255, art. 289 y 294 del CP italiano, en la legge 20 febbraio 1958, n. 75, así como delitos contra la administración de justicia, salvo en el caso de que se trate de conductas de complicidad personal o real indispensables para salvaguardar la seguridad de los servicios de información y realizadas cumpliendo con el art. 18, siempre que no se lleve a cabo con declaraciones falsas a las autoridades judiciales o mediante la ocultación de pruebas de un delito o no tengan por objeto inducir a error las investigaciones ordenadas por la autoridad judicial entre otras que podemos observar en el propio artículo.

⁸²¹ En español: Ley nº 124 de 3 de agosto de 2007 Sistema de Información para la Seguridad de la República y nueva normativa sobre el secreto.

Y en el mismo, en el apartado sexto establece las situaciones en las que sí que se va a aplicar la causa de justificación de la responsabilidad criminal, especificándolas en la propia ley en sus apartados a), b), c) y d). Por último, dicho artículo también hace extensible esa ``especial causa de justificación'', es decir, esa exención de responsabilidad criminal a las personas que no formen parte del ``personale dei servizi di informazione per la sicurezza'' pero que hayan cooperado con los mismos por condiciones particulares y por excecional necesidad.

El art.18 prevé procedimientos de autorización de conductas previstas en la ley como delito, en su apartado segundo determina que es el Consejo de Ministros o la autoridad delegada los encargados de conceder la autorización al ``servizio di informazione per la sicurezza''. El art. 19 trata sobre la oposición de la causa especial de justificación a la autoridad judicial articulando en el mismo el procedimiento a seguir y las causas. En el art. 20 se prevén las sanciones penales para los miembros del servicio de inteligencia y las personas que prevé el art. 17. 7 que fijan reunir las condiciones para obtener esa causa especial de justificación. El art. 21 fija un límite máximo de personal especial, una cuota de personal especial que se determina mediante un reglamento especial que también regula la organización y contratación del personal, garantizando la unidad de su dirección, gestión, tratamiento económico y de seguridad social así como el régimen de publicidad de la propia norma. En el apartado segundo de dicho artículo determina los contenidos recogidos en el reglamento fijando, entre otros aspectos, las modalidades de concurso y selección adecuadas, también abiertas a ciudadanos ajenos a la administración pública, para la selección de personal. En su art. 22 fija la tutela jurisdiccional administrativa para conocer los litigios relativos a la relación laboral de estos agentes.

Especial atención merece su art. 23, el mismo, determina que los agentes que regula dicha norma están excluidos de la condición de funcionario o agente de policía, de policía judicial y de seguridad pública, porque dichas capacidades quedarán suspendidas durante su periodo de pertenencia a los ``servizi di informazione per la sicurezza'' y también es necesario destacar el apartado septimo del mismo artículo 24 por el cual el director de los ``Servizi di informazione per la sicurezza'' el Director General del ``Dipartimento delle informazioni per la sicurezza'' (en adelante DIS) están obligados a facilitar a los órganos de policía judicial la información y las pruebas relativas a hechos que puedan ser constitutivos de delito, de los que hayan adquirido conocimiento.

El artículo 24 de la ley que analizamos habla sobre la identidad encubierta que también pueden ostentar los trabajadores del ``servizi di informazione per la sicurezza'', es decir, los miembros del servicio de inteligencia nacional italiano. Como ocurre con el agente encubierto, éstos también pueden recibir una identidad falsa para realizar sus investigaciones, además de la expedición de todo tipo de documentos administrativos que avalen esa nueva identidad. El Director general del DIS se lo tiene que notificar al Presidente del Consejo de Ministros o a la Autoridad delegada. Y, en su apartado segundo, reitera que a aunque han recibido una identidad supuesta y otros documentos administrativos no les convierten en agentes de policía judicial de ``pubblica sicurezza'' o de ``polizia tributaria''. Por último, el apartado tercero del art. 24 establece la forma de expedición y conservación, así como el plazo de validez de los documentos y certificados a que se refiere el apartado 1, determinando que se definirán mediante reglamentos específicos. La Institución DIS llevará un registro confidencial en el que consten los plazos y procedimientos seguidos para la expedición de los documentos y certificados a que se refiere el apartado 1. Finalmente, cuando termine la operación el documento o certificado se conservará en un archivo especial establecido en la ``Institución DIS''.

En el art. 25 se habla de las actividades simuladas habilitando a dichos agentes a realizar actividades económicas simuladas, como la creación de sociedades unipersonales sociedades de cualquier naturaleza. Determinando, que el reglamento de los ``Servizi di informazione per la sicurezza'' establecerá las modalidades de realización de esas actividades. En su art. 26, encontramos el régimen de tratamiento de los datos personales o información personal de los miembros del ``Servizi di informazione per la sicurezza''. En el art. 27, podemos apreciar la protección de dicho personal durante los procedimientos judiciales, estableciendo las cautelas procesales que se deben de seguir cuando un miembro del ``Servizio di informazione per la sicurezza'' deba acudir al proceso, cuando deba declarar en las sesiones orales, se prevé que pueda participar a distancia. También las precauciones durante el curso de la investigación.

Además, a través del art. 28 se introduce el artículo 270-BIS en su Codice di Procedura Penale sobre las comunicaciones de los miembros del Departamento de Inteligencia de Seguridad y los ``servizi di informazione per la sicurezza'' guardando en secreto, custodiando en un lugar protegido los documentos, los soportes y los actos sobre dichas comunicaciones. En este artículo, se regula el régimen de secreto de estas comunicaciones.

En definitiva, lo que pretendemos esbozar en estas líneas anteriores es que Italia también cuenta con una ley que prevé y regula sus servicios de inteligencia. Que los mismos también pueden ostentar una identidad supuesta o ficticia y estar exentos de responsabilidad en casos tasados expresamente en dicha ley sin ser agentes encubiertos y contando con diferencias sustanciales respecto a los agentes encubiertos italianos. Y que además en su ordenamiento jurídico existe un reglamento que desarrolla más específicamente el régimen del personal de los servicios secretos italianos. También cuentan con regulación sobre los secretos, como ocurre en España con la ley de secretos oficiales.⁸²²

Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia⁸²³

Pues bien, siguiendo con la evolución legislativa de la regulación de las operaciones encubiertas, tenemos que, solo tras cuatro años desde la armonización se dicta otra norma para unificar aún más las operaciones encubiertas a la luz de las experiencias legislativas extranjeras y centrándose en los aspectos de fondo y procesales.

Con esta ley se amplía aún más el ámbito de aplicación del agente encubierto en Italia por ejemplo, para investigar las organizaciones criminales que ahora mismo actúan corrompiendo el sistema de recogida de residuos o en la inmigración clandestina. Se pueden investigar con agente encubierto los delitos previstos en los arts. 473, 474, 629, 630, 644, 648 BIS, 648 TER del libro II, título 12, sección primera relativa a los delitos contra la personalidad individual de su CP. Delitos en relación con armas, municiones, explosivos. Delitos previstos en el art. 12 sobre inmigración, delitos previstos en el texto único de la ley en materia de disciplina de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Delitos previstos en el art. 260 en la ley 152/2006 actividad organizada para el tráfico ilícito de residuos. Delitos previstos en el art. 3 de la ley del 20 de febrero 1958 número 75 abolición de la reglamentación de la prostitución y lucha contra la explotación de la prostitución de otros, la llamada ``Legge Merlin``. Delitos cometidos con fines terroristas

⁸²² Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

⁸²³ Ley n° 136 de 13 de agosto de 2010. Plan extraordinario contra las mafias, así como delegación en el Gobierno en materia normativa antimafia.

o subversión. También se extiende el ámbito de actuación del agente encubierto a la investigación de los delitos previstos en los arts. 73 y 74 t.u. stupefacenti.

Y se añade al apartado sexto del art. 9 de la ley n.146/2006 un BIS autorizando al agente encubierto a pagar rescates en los secuestros de personas. En el apartado séptimo se incluye a la autoridad judicial territorialmente competente también refiriéndose a las operaciones internacionales de adquisición o venta simulada de drogas y de sustancias susceptibles de ser usadas para producir estupefacientes. En definitiva, esta norma amplió bastante los delitos para los que se pueden autorizar las investigaciones de un agente encubierto.

En el apartado 8, individualiza las comunicaciones y las medidas transmitidas al procurador general de la Corte de Apelación a cargo del Fiscal. Establece el control judicial previo, se certifica la idoneidad y proporcionalidad de la medida de investigación de forma que se convierte en un acto de investigación legitimado.⁸²⁴ Consiente a la autoridad judicial confiar a la policía judicial en custodia judicial con capacidad de uso bienes decomisados no sólo para la lucha contra delitos graves para los que pueden autorizarse operaciones encubiertas, sino también para el desempeño de funciones policiales ordinarias. Por último, elimina el margen temporal del curso de las operaciones encubiertas y mantiene la antijuricidad de revelar los nombres de los policías judiciales que protagonizan operaciones encubiertas.

La reforma amplió el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura, es decir que además de los sujetos que podían ser agentes encubiertos previstos en la legge n. 146/2006 también prevé la exención de responsabilidad para los intermediarios que ejecutan, que cumplen con las órdenes dadas por los sujetos autorizados como agente encubierto. Además, se identifica a la Dirección central para los servicios antidroga como para sus órganos de gobierno o sus delegaciones como autoridades competentes para autorizar la actividad encubierta. También se establece que se tiene que realizar una comunicación preventiva a la autoridad judicial, determina que la ejecución de las actividades antidroga tienen que ser comunicadas detalladamente a la Dirección Central para los Servicios Antidroga y al Ministerio Público competente para esas investigaciones incluyendo que si es necesario o si lo solicita el Fiscal y, para las actividades antidroga, se indique el

⁸²⁴ Como podemos observar en DI BUGNO, C., ``Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998'', en *Legge Penale*, 1999, p. 157. En el ordenamiento jurídico italiano también se trata de una petición razonada de la policía judicial.

nombre del funcionario de la policía judicial encargado de la operación, así como los de los auxiliares e intermediarios que se hayan empleado.

La ley n. 136/2010 además de las modificaciones que realiza en ley n. 146/2006 y que hemos ido exponiendo, introdujo modificaciones en el código procesal penal, de esta forma al art. 497 se le añade un 2 BIS que prevé que los policías judiciales, los policías extranjeros, los auxiliares y las personas interpuestas en cada Estado y grado del procedimiento cuando son llamadas a testificar sobre las actividades realizadas deben indicar las generalidades de la cobertura utilizada en el curso de las propias actividades.

También se añade en el art. 115 un apartado 1 BIS por el cual las anotaciones previstas en el artículo 357 del Codice di Procedura Penale, si se refieren a actividades de investigación llevadas a cabo por funcionarios o agentes de la policía judicial en el marco de operaciones encubiertas de conformidad con el artículo 9 de la Ley 146/2006, deberán contener los datos encubiertos utilizados por éstos en el curso de dichas actividades. También se modifica el art. 147 BIS en virtud del cual el interrogatorio de los agentes encubiertos se tiene que hacer siempre con las precauciones que sean necesarias y sin que el rostro del mismo sea visible, además se incluye en el apartado 3 un párrafo c BIS según el cual el examen se realizará a distancia salvo que el juez considere absolutamente necesaria la presencia del declarante en estos casos el juez o el presidente dispone las cautelas idóneas para evitar que los rostros de dichas personas sean visibles.

Pues bien, esta ley se considera un verdadero ``statuto delle operazioni sotto copertura'', un estatuto de los agentes encubiertos. La reforma que se realiza en el 2010 introduce un ``Statuto speciale'' de los operadores encubiertos que será de aplicación a la policía judicial y a sus colaboradores privados involucrados en actividades encubiertas. Establece que los agentes encubiertos mantendrán su identidad ficticia durante el interrogatorio además de habilitar barreras visuales en sala para que no pueda ser visto el rostro del agente encubierto por la defensa y por el acusado. Por lo que en el proceso penal italiano el principio de contradicción también se ve limitado, matizado, no se podría apreciar totalmente la fiabilidad del testigo agente encubierto, las relaciones que podría tener con los acusados y sus características subjetivas, porque realmente estas comprobaciones, como decimos, no se pueden hacer y pensamos que conforman una ficción procesal en estos procesos.

Legge 9 gennaio 2019, n. 3. Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici⁸²⁵.

Se trata de la última norma de referencia italiana y que es especialmente importante porque amplía el ámbito de actuación del agente encubierto en Italia a delitos no cometidos en el seno de la delincuencia organizada. Se trata de delitos de extorsión, soborno, en sus múltiples facetas, tráfico de influencias ilícitas y perturbación de la libertad de las licitaciones y del procedimiento de elección del contratista. Esta última ley del 2019 nace como consecuencia de la ley n.1189 del 2018 sobre medidas para combatir los delitos contra la administración pública y sobre la transparencia de los partidos y movimientos políticos. Esta es la ley que se ocupa de los delitos de corrupción en los contratos con las empresas de recogida de residuos a lo que se refieren en Italia como ``spazzacorrotti``.

Con esta ley se pretende luchar contra la corrupción especialmente en la administración pública. La autorización de las operaciones encubiertas, es decir, que se pueda autorizar a los agentes encubiertos a investigar los delitos de corrupción se motiva en que la corrupción es un problema estructural que implica a tantas personas que se llegan a cumplir las mismas características que tienen las organizaciones criminales. La corrupción en la administración pública va mucho más allá que un soborno aislado, normalmente implica a muchas más personas lo que la asemeja con la delincuencia organizada. Los delitos relacionados con la corrupción también son muy graves y muy difíciles de investigar dado que todas las personas implicadas tratan de protegerse al tener intereses comunes y todo ello motiva que la herramienta de investigación del agente encubierto gracias a esta ley, pueda ser autorizado para investigar también dichos delitos.⁸²⁶

⁸²⁵ Ley n° 3 de 9 de enero de 2019. Medidas de lucha contra los delitos contra la administración pública y sobre la transparencia de los partidos y movimientos políticos.

⁸²⁶ IELO, P., ``L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive``, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 1-4 disponible en <https://archiviopcdpc.dirittopenaleuomo.org/d/6527-lagente-sotto-copertura-per-i-reati-di-corruzione-nel-quadro-delle-tecniche-speciali-di-investigazi> y ROSS, J., ``Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto``, *op. cit...* pp. 1-24.

7.2. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL

7.2.1. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia

Como ocurre en España, en Italia no todos los funcionarios policíacos pueden protagonizar operaciones encubiertas y por tanto, ser agentes encubiertos. En la actualidad la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 no establece expresamente los funcionarios policíacos que pueden ser agentes encubiertos sino que prevé las personas que tendrán una exención de responsabilidad cuando desarrollen las operaciones encubiertas, de lo cual entendemos que los mismos agentes son los que pueden ser autorizados para ser agente encubierto. Los que menciona la ley son los únicos funcionarios que cuando emprendan una labor encubierta y siempre que actúen de manera proporcional gozarán de las garantías previstas en la misma.

Así las cosas, en Italia los funcionarios que pueden ser autorizados para desarrollar actividades encubiertas son los funcionarios de policía judicial de la Polizia di Stato⁸²⁷ del Cuerpo de Carabinieri⁸²⁸ y del Cuerpo de Policía Financiera⁸²⁹, pertenecientes a unidades especializadas o a la Dirección de Investigación Antimafia, los funcionarios de policía judicial pertenecientes a los cuerpos de investigación de la Policía de Estado y del Cuerpo de Carabinieri especializados en la lucha contra el terrorismo y la subversión y del Cuerpo de la Guardia di Finanza competente en materia de lucha contra la financiación terrorismo, en el curso de operaciones policiales específicas, también los policíacos intermediarios y asociados.

En España, como hemos expuesto en este trabajo la LECrim, art. 282 BIS prevé que los funcionarios de la policía judicial pueden ser agentes encubiertos sin especificar en el propio artículo los cuerpos específicos que pueden llevar a cabo esta labor, algo que, como se ha explicado *supra* sí que sucede en la regulación actual del agente encubierto en Italia, cuestión que consideramos, aporta una mayor seguridad jurídica. En España,

⁸²⁷ Más profundamente sobre la misma BOCCHINO, M.C., "Il Servizio centrale operativo della Polizia di Stato (SCO)", en *Enciclopedia delle mafie*, vol. III - *Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, Dir. Iadaluca, F., Roma, 2016, pp. 255-285.

⁸²⁸ Más profundamente PARENTE, M., "Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)", en *Enciclopedia delle mafie*, *Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, volumen 3, Dir. Iadaluca, F., Roma, 2016, pp. 255-257.

⁸²⁹ Con más profundidad MAGLIOCCO, G., "Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)", en *Enciclopedia delle mafie*, *Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, volumen 3, Dir. Iadaluca, F., Roma, 2016, pp. 293-296.

como decimos, podrían protagonizar las actividades encubiertas funcionarios miembros de la policía judicial que auxilian a los órganos judiciales así como al Ministerio Fiscal en la investigación, en el descubrimiento de las personas implicadas así como en su aseguramiento y dentro de éstos lo ideal y lo que suele ocurrir es que el agente forme parte de la Unidad Especializada de Agentes Encubiertos. En Italia no ocurre de la misma forma, el legislador italiano ha decidido cercar mucho más y en la propia ley el ámbito subjetivo de esta figura. Así, el art. 9 además de prever los funcionarios que pueden ser agente encubierto también establece las personas que pueden auxiliar, coadyuvar las operaciones encubiertas, cosa que la LECrim no desarrolla en su articulado.

Esta regulación más específica tiene detractores y también autores que la apoyan. Podemos destacar a AMATO que se posiciona en contra determinando que la mera posesión de la cualificación de agente de la Polizia Giudiziaria debería bastar para llevar a cabo una operación encubierta válida y eficaz.⁸³⁰ Sin embargo, a favor de la misma podemos observar a COTTI que entiende que la gran peligrosidad que entrañan las operaciones encubiertas, los costes que ocasiona no solamente a nivel material sino humano así como la organización que requiere son tan altos y especiales que deben ser estas secciones especializadas las que las lleven a cabo.⁸³¹ Parece que otra parte de la doctrina considera que los cuerpos de policía que no están incluidos en la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 podrían llevar a cabo operaciones encubiertas obteniendo autorización de su administración o bien solamente operar dentro de los límites de las actividades de control y observación previstas en el art. 51 del CP y art. 55 del CPP italianos.⁸³²

Por nuestra parte, entendemos que quizá especificar expresamente en la legislación los tipos de funcionarios que pueden ser agente encubierto sí que puede tener más coherencia en Italia porque sus cuerpos están organizados de distinta forma y con distinto sentido en comparación con los de España pero pensamos que una regulación específica puede ser peligrosa porque quizá, el agente que haya tenido contacto con la organización criminal y que haya realizado las primeras indagaciones puede no pertenecer a ninguno de estos cuerpos y entonces no podría ser él mismo, el funcionario autorizado para

⁸³⁰ AMATO, G.C., *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Coord. Caputo, A., Fidelbo, G., Torino, 2012, p. 506.

⁸³¹ COTTI, G., "Operazioni Sotto Copertura e Garanzie Procedimentali", *op. cit.*... p.152.

⁸³² Como podemos observar en DELLA MONICA, G., "Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione" en *Quaderni del C.S.M.*, número 61, 1993, pp. 261-262. También AMATO, G.C., *Le specifiche attività di polizia giudiziaria*, in *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, *op. cit.*... p. 506.

protagonizar la operación encubierta. Por ejemplo, un funcionario de la Polizia Penitenziaria que en el transcurso de su trabajo haya tenido constancia de una *notitia criminis* no podría posteriormente desarrollar la función de agente encubierto de acuerdo a la regulación legal vigente italiana.

Por otra parte, en el art. 282 BIS LECrim sí que podemos apreciar que, ningún funcionario policía podrá ser obligado a realizar una operación encubierta, sin embargo en el ordenamiento jurídico italiano no encontramos tal previsión, creemos que, porque el legislador italiano se encuentra mucho más sensibilizado con la imperiosa necesidad de perseguir y conseguir investigar y llegado el caso castigar a los responsables de los ilícitos cometidos en su seno. Pero sí que es cierto que es una petición que la doctrina lleva avalando mucho tiempo dada la peligrosidad de las operaciones encubiertas.⁸³³

7.2.2. Autorización de las actividades encubiertas, información al Juzgado y duración

Como ocurre en España, solo cuando exista una *notitia criminis* se podrá autorizar la actividad encubierta luego no se puede autorizar a un agente encubierto para realizar actividades explorativas.⁸³⁴ Es necesario, como en España, que existan suficientes indicios fundados de criminalidad también para evitar la provocación del delito.

En Italia, los máximos órganos o, por delegación de éstos, sus respectivos jefes al menos en el ámbito provincial pueden ordenar la ejecución de las operaciones encubiertas de acuerdo con la Dirección Central de Inmigración y Policía de Fronteras para los delitos previstos en los apartados 1, 3 3-BIS y 3-TER, del Texto Único del Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, nº 286, y posteriores. La Dirección Central de servicios antidroga o, siempre de acuerdo con ella, los órganos superiores o los respectivos jefes al menos en el ámbito provincial también pueden ordenar la realización de las operaciones mencionadas en los apartados 1 y 2 del art. 9 en relación con los delitos previstos por el Texto Refundido a que se refiere el Decreto Presidencial nº 309, de 9 de octubre de 1990.

⁸³³ LANDOLFI, A., ``L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie'' en *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, in *Quaderni del C.S.M.*, número 71, 1994, p. 181.

⁸³⁴ VICOLI, D., BIRAL, M., ``La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano'' en *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, Coord. Cubas Villanueva, V., Girao Isidro, M.A., ed. Instituto Pacífico, Madrid, 2016, p. 137.

De esta forma, ya la Legge 16 marzo 2006, n. 146 en su art. 9 establecía que el Ministerio Público debía autorizar las operaciones encubiertas y que cuando se pretendan investigar delitos relacionados con los estupefacientes la Dirección Central para los servicios antidrogas puede ordenar las operaciones encubiertas y en caso de que sean delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal las puede autorizar la Dirección central de inmigración y de la policía de fronteras. En todos los casos se debe indicar el nombre real y el nombre ficticio del agente encubierto así como el resto de policías que van a auxiliar la operación.

Sin embargo, con la Legge 13 agosto 2010, n. 136 se modifica el apartado 4 del art. 9 de la Legge 16 marzo 2006, n. 146 determinando que el órgano que ordene la ejecución de las operaciones encubiertas previamente debe ser autorizado por la autoridad judicial responsable de la investigación. Cuando se pretendan realizar actividades antidroga se notificará inmediatamente y de forma detallada a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y al Fiscal competente para la investigación, además, si fuese necesario o lo solicitase el Fiscal también se informará a la Dirección Central de Servicios Antidroga indicando el nombre del funcionario de policía judicial encargado de la operación, así como de los auxiliares e intermediarios empleados. Por último, añade que en todos los casos el Ministerio Fiscal deberá ser informado sin demora, por el mismo órgano, durante el desarrollo de la operación, de las modalidades y de las personas que participan en ella, así como de sus resultados. Como observamos, la Fiscalía tiene un papel mucho más protagonista en las operaciones encubiertas en Italia, en el proceso penal italiano que en el español.

Hemos de destacar que, según VICOLI aún no se han fijado unos criterios orientativos que para valorar si es oportuno o no autorizar la investigación de un agente encubierto al seguir tratándose de una técnica especial de investigación.⁸³⁵

En cuanto a la duración de las operaciones encubiertas en Italia, podemos apreciar en el art. 9 que no se refiere a la misma, como sí que ocurre en la LECrim en el que se establece el plazo de seis meses prorrogable por períodos de igual duración, sin fijar límite de prórrogas.

⁸³⁵ VICOLI, D., BIRAL, M., ``La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano'', *op. cit.*... p. 140.

7.2.3. Ámbito de actuación de los agentes encubiertos Italia. Delitos que puede investigar, actividades que puede realizar y la posible exención de responsabilidad criminal del agente encubierto en Italia

A) Ámbito de actuación de los agentes encubiertos en Italia

Normalmente, el ámbito de actuación de los agentes encubiertos en Italia es la delincuencia organizada⁸³⁶ y el terrorismo, al igual que ocurre en España porque la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 prevé los delitos que pueden ser perpetrados por las mafias, sin embargo, el legislador italiano ya no acota el ámbito de actuación del agente encubierto a la delincuencia organizada sino que desde que se positiviza la figura ha ido ampliando su ámbito de actuación como hemos ido exponiendo. No se incluye una alusión expresa a la delincuencia organizada en la legislación vigente también porque creemos que se acotaría más el ámbito de actuación del agente encubierto.

B) Delitos que puede investigar en Italia

Como sucede en España el derecho italiano también prevé una lista cerrada de delitos muy graves para los que puede ser autorizado a investigar el agente encubierto. Puede ser autorizado para investigar un conjunto de delitos taxativos, son delitos graves porque las actividades encubiertas limitan y matizan los principios del proceso penal, los derechos y garantías de los enjuiciados.⁸³⁷

En la actualidad, en virtud de la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 son los delitos del CP de corrupción en el ejercicio del cargo art. 318, corrupción por un acto contrario a los deberes oficiales art. 319, corrupción por un acto contrario a los deberes oficiales con circunstancias agravantes art.319-BIS, corrupción en actos judiciales art.319-TER, inducción indebida a dar o prometer beneficios art.319-QUATER, párrafo primero, corrupción de una persona encargada de un servicio público art.320 y art.321 en el que observamos las penas para los corruptos, incitar a la corrupción art.322, malversación, extorsión, inducción indebida a dar o

⁸³⁶ Sobre la delincuencia organizada en Italia ya hablamos en esta tesis cuando expusimos el ámbito de actuación del agente encubierto. Concretamente en el apartado ``medio de actuación del agente encubierto: la delincuencia organizada`` allí, tratamos de explicar cómo ha ido evolucionando este gran problema de Estado que tiene Italia y cuál es su situación actual.

⁸³⁷ Corte di Cassazione, Sezione III, 3 de dicembre 2001, n. 5397.

prometer beneficios, corrupción e incitación a la corrupción (abuso del cargo) de miembros de tribunales internacionales u órganos de las Comunidades Europeas o de asambleas parlamentarias internacionales o de organizaciones internacionales y funcionarios de las Comunidades Europeas y de Estados extranjeros art. 322-BIS, tráfico de influencias ilícitas art. 346-BIS, perturbar la libertad de los licitadores art.353, perturbar la libertad del procedimiento de elección de los contratantes art.353-BIS, los delitos previstos en el 452-QUATER –DECIES es decir, desastres ambientales, delitos dolosos contra el medio ambiente, tráfico y abandono de material altamente radiactivo, impedir, obstaculizar o eludir las actividades de vigilancia y control del medio ambiente y de la seguridad e higiene en el trabajo, sus agravantes, falsificación de moneda, gasto e introducción en el Estado de forma concertada, de moneda falsa art. 453, alteración de moneda art. 454, gasto e introducción en el Estado sin concierto de moneda falsa art. 455, falsificación de papel con marca de agua utilizado para la fabricación de tarjetas de crédito o sellos públicos art. 460, fabricación o tenencia de marcas de agua o instrumentos destinados a la falsificación de moneda, timbres fiscales o papel con marca de agua art. 461, falsificación alteración o uso de marcas y patentes art. 473, introducción en el Estado y comercialización de productos con marcas falsas u otros signos distintivos art. 474, extorsión art. 629, secuestro de persona con fines de extorsión art. 630, usura art. 644, lavado de dinero art. 648 -BIS y uso de dinero bienes o activos de procedencia ilícita 648 –TER así como en el Libro Segundo, Título XII, Capítulo III, Sección I, del Código Penal, a los delitos relativos a armas, municiones, explosivos, 286 de 25 de julio de 1998, así como los delitos previstos en el texto consolidado de las leyes que regulan estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, tratamiento y rehabilitación de la toxicomanía, de conformidad con el Decreto Presidencial de la República de 9 de octubre de 1990, n° 309, y por el artículo 3 de la Ley n° 75, de 20 de febrero de 1958. También el tráfico ilegal de residuos art. 260 Decreto legge 3 aprile 2006. Delitos de favorecimiento, explotación e inducción a la prostitución art. 3 Legge n. 75 de 20 febbraio 1958, delitos cometidos con finalidad de terrorismo o subversión así como la prostitución y la pornografía infantil en virtud del art. 14 Legge n. 269 de 1998.

Aún más recientemente, el art. 4 decreto legislativo 14 de junio de 2019, n. 53 (convertido en ley 8 de agosto de 2019, n. 77) extendió el uso de agentes encubiertos a la lucha contra la inmigración ilegal.

Lo que observamos es que, el legislador italiano ha ido dilatando el ámbito de actuación del agente encubierto desde el 1990, se inició con el tráfico de sustancias estupefacientes pero desde entonces con las distintas modificaciones que hemos ido exponiendo en el apartado anterior han ido aumentando el número de figuras delictivas que el agente encubierto puede investigar.⁸³⁸ Sin lugar a dudas, ordenamiento jurídico italiano prevé que el agente encubierto puede investigar muchos más delitos y de distinta índole en comparación con el agente encubierto previsto en el ordenamiento jurídico español.

C) Actividades que puede realizar el agente encubierto en Italia

El agente encubierto dentro del ambiente criminal tiene que conseguir ganarse la confianza de los investigados para acceder a la estructura criminal concreta.

Desde la promulgación de la Legge 16 marzo 2006, n. 146, en virtud de su art. 9 apartado primero el agente encubierto puede dar refugio o prestar asistencia a los miembros de una asociación criminal, adquirir, recibir u ocultar dinero, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, bienes o cosas que son objeto, producto o beneficio del delito o de un medio para cometerlo u obstaculizar la identificación de su origen o permitir su uso.

Los agentes encubiertos en Italia, también pueden usar de manera temporal los bienes muebles e inmuebles. Se generará una identidad totalmente nueva con su documentación correspondiente, una vida ficticia para ello, el apartado quinto del art. 9 se prevé que se pueda autorizar el uso temporal de bienes muebles e inmuebles, documentos de cobertura para la realización de las operaciones. Los agentes encubiertos pueden acoger o ayudar de cualquier otro modo a asociados, comprar, recibir, sustituir u ocultar dinero u otros beneficios, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicos, bienes o cosas que sean objeto producto, beneficio, precio o medio para cometer el delito o aceptar la oferta o promesa de los mismos u obstaculizar de otro modo la identificación de su origen o permitir su uso, o pagar dinero u otros beneficios en ejecución de un acuerdo ilícito ya concluido por otros, prometer o dar dinero u otros beneficios solicitados por un funcionario público o una persona encargada de un servicio público o solicitados como precio de una mediación ilícita hacia un funcionario público

⁸³⁸ BARROCU, G., *Le indagini sotto copertura*, ed. Jovene, Napoli, 2011, pp. 35 y ss. Con más profundidad sobre la evolución histórica del marco normativo.

o una persona encargada de un servicio público o para remunerarlo, o realizar actividades instrumentales como podemos ver en el apartado a) del art. 9.

Además, esta misma ley ya prevé en su apartado quinto que los agentes encubiertos pueden activar sitios en internet, gestionar áreas de comunicación y esto porque en Italia se promulga la Legge n. 269 de 1998 en cuyo art. 14.2 se refiere expresamente a este tipo de investigaciones telemáticas para poder investigar la prostitución infantil art. 600.1 BIS CP, la pornografía infantil art.600 apartados 1, 2 y 3 TER CP, organización de iniciativas turísticas con fines de explotación de la prostitución infantil art. 600 QUINQUIES CP siempre que estos delitos sean perpetrados a través de sistemas telemáticos, utilizando redes. Los policías pueden adquirir material pornográfico infantil o realizar actividades de intermediación e incluso participar en las iniciativas turísticas de carácter ilícito a la luz del art. 14.1 Legge 269 de 1998. Por otra parte, cuando el agente encubierto pretenda adquirir material pornográfico, intermediar o participar en las iniciativas turísticas tiene que solicitar previa autorización al Ministerio Público y el Ministerio Público, debe a su vez solicitarlo a un órgano específico del Ministerio del Interior en virtud de la Legge n.269 de 1998 art. 14 1 y 2. Por último, al final del apartado primero también habla de las actividades instrumentales con ello, el legislador italiano busca garantizar que los agentes encubiertos tengan una libertad de acción más amplia para asegurar una mayor eficacia de esta herramienta de investigación.⁸³⁹

Los agentes encubiertos, con el objetivo de obtener pruebas así como de identificar o capturar a los responsables de los ilícitos pueden omitir o retrasar los actos de su competencia, dando inmediato aviso, también verbal, al Ministerio Público, que puede negarse, y remitiendo al mismo Ministerio Público informe motivado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Para las actividades antidroga, la misma comunicación deberá hacerse llegar de manera inmediata a la Dirección Central de los Servicios Antidroga para la necesaria coordinación también en el ámbito internacional, como podemos observar en el apartado sexto del art. 9. Además, los agentes encubiertos también pueden solicitar que se les autorice la puesta a disposición de bienes e inmuebles, dinero u otras utilidades para la realización de operaciones controladas para el pago del rescate, indicando las modalidades, el Juez tiene que decidir sobre ello. Otra de las

⁸³⁹ ZAPPULLA, A., ``Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafie), in *Legislazione penale*, numero 4, 2010, p. 452 Este autor determina que esto conlleva un riesgo y es que se autoricen demasiadas operaciones encubiertas.

actividades que pueden realizar los agentes encubiertos en Italia consiste en usar y/o guardar los materiales o bienes incautados bajo custodia judicial para las actividades policiales a que se refiere este artículo o para la realización de funciones de la institución, a la luz del apartado nueve del art. 9. También pueden solicitar a la autoridad judicial material o los bienes incautados bajo custodia judicial para poder usarlos a la luz del apartado nueve del art. 9.

Todas las actividades que realice el agente encubierto tienen que estar encaminadas a obtener pruebas, su objetivo es la búsqueda de pruebas. Además, el agente encubierto busca prevenir los delitos, que no se lleguen a cometer.

Otra de las diferencias que observamos entre la regulación del agente encubierto en España y en Italia es que, en caso de que el agente encubierto en el curso de sus investigaciones cometa un supuesto ilícito en Italia el Ministerio Público debe inscribirlo en el registro de denuncias previsto en el art. 335 CPP, en cambio en España la propia policía judicial, el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o cualquier ciudadano podría denunciar al agente encubierto sin que exista ese registro de denuncias previo. Cuando se produce la inscripción en dicho registro de denuncias del art. 335 CPP se inicia un procedimiento de investigación del agente encubierto que es conexo al principal.

Por último, nos gustaría destacar que el Fiscal puede retrasar la imposición de una medida cautelar, detener a un sospechoso así como retrasar la ejecución de penas privativas de libertad o la incautación a través de un decreto o bien verbalmente y en las cuarenta y ocho horas siguientes dictar el decreto por escrito. El Fiscal puede indicarle a la policía judicial las disposiciones necesarias para controlar el curso de la actividad delictiva y tiene que comunicar a la autoridad judicial competente del lugar en que se vaya a concluir la operación o por el que se vaya a efectuar el tránsito de salida o de entrada en el territorio del Estado de las cosas que son objeto, producto, beneficio o medio de la comisión de los delitos todas las medidas que haya adoptado

D) Exención de la responsabilidad criminal del Agente encubierto en Italia

El ordenamiento jurídico italiano también prevé la exención de responsabilidad criminal para los agentes encubiertos en el art. 51 del CP y el art. 55 del CPP porque estarían cumpliendo una orden legítima de la autoridad o de un deber público y deben, entre otras cuestiones, *“realizar los actos necesarios para asegurar las fuentes de*

pruebas y recoger cualquier otra cosa que pueda ser útil para la aplicación de la ley penal´´. A modo de reflexión, tenemos que decir que el Estado renuncia a castigar a los agentes encubiertos cuando han actuado de manera proporcional realizando las actividades previstas en el art. 9, recabando pruebas.

En este precepto, se autoriza a los agentes encubiertos a realizar conductas reprochables penalmente pero sin que se produzca la provocación delictiva, si provocase el delito no se le aplicaría la exención de responsabilidad y podría ser procesado y llegado el caso, culpable por dichos ilícitos.⁸⁴⁰ La exención de responsabilidad en Italia también se les aplicaría a los agentes auxiliares de la policía judicial.⁸⁴¹

Como expusimos, los agentes encubiertos en España tienen la posibilidad de estar exentos de responsabilidad penal por aquellas actuaciones ilícitas necesarias y proporcionales a la investigación y que no constituyan la provocación del delito en virtud del art. 282 BIS apartado quinto de la LECrim, pero, esta posible exoneración de responsabilidad penal, a diferencia de lo previsto en el ordenamiento jurídico italiano no se les va a aplicar al agente de cobertura, a los funcionarios del equipo investigador o a la unidad de agentes encubiertos de la policía judicial que auxilie la operación encubierta para que tenga buen término, cosa que en Italia sí que podría llegar a ocurrir, a la luz de su legislación vigente.

En este caso, consideramos acertada la regulación española en cuanto a la posible exención de responsabilidad criminal de los agentes encubierto porque realmente quien asume más riesgos es el oficial de policía que emprende las labores de agente encubierto, el resto de funcionarios que colaboren y coadyuven en tan difícil investigación pueden no encontrarse tan expuestos al peligro como sí que lo está el agente encubierto por lo que la regulación actual española nos parece más proporcionada, en función de los riesgos que deben asumir los agentes, que la italiana. Creemos que el legislador italiano debería plantearse matizar poder aplicar dicha exención de responsabilidad criminal solamente a los agentes que auxilien en el terreno físico y/o virtual al agente encubierto.

Por otra parte, al igual que observamos que el legislador italiano prevé la posible exoneración de la responsabilidad criminal de sus agentes encubiertos y funcionarios de

⁸⁴⁰ VICOLI, D., BIRAL, M., ´´La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano´´, *op. cit.*... p. 135.

⁸⁴¹ VICOLI, D., BIRAL, M., ´´La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano´´, *op. cit.*... p. 141.

policía judicial, auxiliares e intermediarios en virtud del apartado cinco del art. 9, en el apartado diez prevé llegar a punir con pena de prisión de dos a seis años, salvo que el hecho constituya un delito más grave, a las personas que perjudiquen las operaciones encubiertas revelando o divulgando indebidamente los nombres de los funcionarios o agentes de la policía judicial.

7.3. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO

Sobre la utilidad procesal de las actividades encubiertas hemos de decir, en primer lugar que las normas relativas a las operaciones encubiertas no tienen un desarrollo reglamentario en cuanto a su régimen de utilización.

La sentencia de la Corte di Cassazione sezione III, 21 ottobre 2003 n. 39706, ha establecido que no se pueden utilizar como pruebas las averiguaciones que ha obtenido el agente encubierto cuando investigaba delitos que no pueden ser investigados por esta figura. Sin embargo, este criterio cambió en el 2008 como podemos apreciar en la sentencia de la Corte de Cassazione sezione III, 17 gennaio de 2008 n. 8328 en la que se equiparó al régimen de utilización de las pruebas de la interceptación de comunicaciones o conversaciones y se determinó que sí que pueden ser utilizados como prueba los resultados obtenidos por los agentes encubiertos cuando investigaban delitos que no pueden ser investigados por esta figura porque en el curso de las investigaciones de manera sobrevenida se pueden averiguar distintos delitos a aquellos para los que había sido autorizado el agente encubierto.⁸⁴² Luego, cambian los límites del uso de las pruebas obtenidas por los agentes encubiertos. También nos planteamos el escenario de no contar con autorización para ser agente encubierto pero obtener pruebas de los delitos que prevé el art. 9, pues bien, éstas sí que pueden ser valoradas como prueba en el proceso penal italiano.⁸⁴³

No serán tenidas en cuenta por el juzgador aquellas pruebas que hayan sido obtenidas por el agente encubierto infringiendo algún derecho. De la misma forma que ocurre en España, si el agente encubierto violenta o vulnera algún derecho para obtener pruebas sin haber obtenido previa autorización judicial dichos medios probatorios serán

⁸⁴² Como también podemos apreciar en la sentencia de la Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

⁸⁴³ Como podemos observar en las Corte di Cassazione, Sezione III, 3 giugno 2008, n. 26763 o en Corte di Cassazione, Sezione II, 25 de settembre de 2008, n. 40036.

ilícitos y no podrán ser valorados ni tenidos en cuenta por los jueces italianos en virtud del art. 191 CPP.⁸⁴⁴ En Italia, como en España la provocación del delito por parte del agente encubierto está prohibida y las pruebas que se obtengan habiendo provocado el agente encubierto en Italia el delito, serán ilícitas y tampoco podrán ser valoradas ni tenidas en cuenta por sus jueces.⁸⁴⁵

Según VICOLI para que se pueda utilizar el material probatorio recogido por los agentes encubiertos su actividad se debe limitar a la prevista en la ley y a realizar las observaciones, control, a contener las conductas ilícitas de los investigados, a no causar, o provocar el delito, en virtud del art. 51 del CP.⁸⁴⁶

Por su parte, en la jurisprudencia italiana observamos que los medios probatorios ilícitos, no constituirán prueba al ser ilícitos pero sí que pueden servir para iniciar otro proceso penal, esto es lo que ocurre cuando el agente encubierto debidamente autorizado investiga delitos distintos para los que fue autorizado y que no se encuentran en la lista *numerus clausus* del art. 9.⁸⁴⁷ Cuando el agente encubierto ha trasgredido la legalidad en el curso de la operación encubierta, sus testimonios no pueden constituir una prueba, no podrá ser tomada en cuenta y valorada por el juzgador, porque sería ilícita.

Por otra parte, tenemos que fijarnos en el art. 147, comma 1-BIS disp. att. C.P.P en este artículo se prevé que el agente encubierto sea un testigo oculto porque en virtud del mismo su interrogatorio se llevará a cabo sin que se pueda mostrar su rostro y estableciendo todas las precauciones necesarias para proteger al sujeto y su confidencialidad, o a distancia en conexión audiovisual, con un auxiliar del juez presente en el lugar donde el agente deba cerciorarse de la regularidad del testimonio. Esto impide observar las reacciones espontáneas y las expresiones inmediatas, es decir, el llamado

⁸⁴⁴ Por el cual, en su apartado uno y dos de este artículo observamos que las pruebas adquiridas con vulneración de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas. Y que la inutilizabilidad se detecta en cada estado o grado del procedimiento. Solamente podrían constituir el punto de partida para otra investigación.

⁸⁴⁵ PIATTOLI, B., "Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione", en *Diritto Penale e Processo*, numero 5, 2013, p. 568. TAMIETTI, A., "Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", en *Cassazione Penale*, numero 9, 2002, pp. 2921 y ss.

⁸⁴⁶ VICOLI, D., BIRAL, M., "La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", *op. cit.*... p. 136. Y como podemos observar en la sentencia de la Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

⁸⁴⁷ Así lo observamos en Corte di Cassazione, Sezione III, 24 novembre 2010, n. 45571 Corte di Cassazione, Sezione III, 18 marzo 2009, n.39456. Autores como VICOLI dice expresamente que "el material probatorio hallado es utilizable para probar solo los delitos comprendidos en el catálogo legal." VICOLI, D., BIRAL, M., "La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", *op. cit.*... p. 143.

“comportamiento procesal”, ante determinadas afirmaciones a las partes y al juez que debe dilucidar la causa. Es así para poder utilizar a ese mismo agente en operaciones encubiertas futuras, por eso siempre ocultan la visión de su cara a la defensa. De esta forma, en el proceso penal italiano se rechazan las preguntas del abogado defensor sobre los antecedentes personales del testigo agente encubierto, el abogado del acusado, no puede formular preguntas al agente encubierto durante el contrainterrogatorio con arreglo al artículo 194, apartado 2 del CPP.

En España, como hemos analizado en esta tesis se considera que el agente encubierto ha vivido en primera persona la actividad diaria de la organización criminal, él ha realizado las investigaciones, ha visto, ha escuchado y ha interactuado con los presuntos criminales y por ello, sus declaraciones constituirán prueba testifical en el juicio oral y hoy en día, como fue explicando, debe acudir al juicio oral a ratificar o no el contenido de sus actas, a someterse al interrogatorio de las partes y a realizar las declaraciones que estime pertinentes.

En Italia, como ocurre en España, el legislador italiano no ha regulado la forma en que los testimonios del agente encubierto deben entrar en proceso penal pero, al igual que en España, los agentes encubiertos deponen en el proceso penal en calidad de testigos y sus testimonios pueden constituir prueba de cargo incluso sin que existan otros elementos probatorios que corroboren sus argumentos.⁸⁴⁸

Sin embargo, en Italia existe un debate latente porque su propio CPP establece una prohibición de testificar sobre las declaraciones del acusado durante el procedimiento en su art. 62 y su art. 195.4 del mismo código que determina que los policías no pueden deponer sobre las declaraciones que los investigados les han realizado, lo que parece impedir que el agente encubierto constituya una prueba testifical de aquello que vio, que escuchó de los investigados en su presencia algo que parece desnaturalizar esta medida de investigación.

⁸⁴⁸ Como podemos ver en Corte di Cassazione, Sala plena, 17 de diciembre del 2000, En esta sentencia también observamos que si existe un procedimiento abierto en contra del agente encubierto entonces su fuerza probatoria no puede ser de cargo sino que será un testimonio “común”. De Simone y como expone VICOLI, D., BIRAL, M., “La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano”, *op. cit...* p. 147.

El art. 62 trata de salvaguardar el derecho al silencio del imputado en sede de procesal, esto es, en ocasión de un acto de procedimiento⁸⁴⁹ pero estos preceptos han hecho que la jurisprudencia italiana sea cambiante y oscura en cuanto a las declaraciones del agente encubierto en el proceso penal. La dogmática jurisprudencial ha ido diferenciando entre las declaraciones realizadas por los investigados al agente encubierto sobre hechos que habían ocurrido anteriormente, declaraciones mientras se realizan determinadas conductas y declaraciones sobre los futuros ilícitos que llevarían a cabo. La Corte di Cassazione ya en el 1997⁸⁵⁰ establece que solo se deberían excluir del acervo probatorio los testimonios del agente encubierto en los que relaten las declaraciones de los imputados sobre hechos pasados que constituyan confesiones, pero que los testimonios del agente encubierto que relaten los hechos ilícitos que han realizado los imputados en su presencia no están prohibidos.⁸⁵¹

La jurisprudencia italiana también aclara que las declaraciones espontáneas que realicen los investigados en presencia del agente encubierto sí que, posteriormente, contadas por el agente encubierto constituirán prueba⁸⁵² pero que, en virtud a este artículo, el agente no tendría permitido declarar sobre el contenido de las declaraciones hechas cuando él mismo las ha provocado, no se pueden provocar las confidencias de los investigados porque se atentaría contra el derecho a la defensa y esto es lo que, en puridad, pretende salvaguardar ese artículo que observamos en CPP.

En la actualidad, se entiende que estas prohibiciones previstas por los art. 62 y art. 195.4 CPP no se aplican a las informaciones adquiridas por el agente encubierto porque su objetivo último es recabar pruebas y por ello debe ser completamente admisible el testimonio indirecto del agente encubierto sobre todo lo que le contaron los investigados porque siguiendo a BALSAMO de lo contrario *“no tendría ningún sentido permitir a los*

⁸⁴⁹ VICOLI, D., BIRAL, M., “La regulación de las operaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano”, *op. cit.*... p.148.

⁸⁵⁰ Concretamente en su sentencia Corte di Cassazione, Sala IV, 24 aprile 1997, n. 5829 lo que también podemos observar en la sentencia de la Corte di Cassazione, Sala IV, de 11 giugno 2009, n. 41799.

⁸⁵¹ Doctrina en este sentido, más profunda BELLARDINI, M., “Note in tema di testimonianza dell’agente provocatore” in *Giurisprudenza italiana*, numero 12, 1999, p.140 y PUGLISI, R., “Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova”, in *Cassazione penale*, numero 7-8, 2009, pp. 2967-2968.

⁸⁵² Corte di Cassazione, Sala VI, 24 de febrero de 2003, Ventre. Postura que apoya la doctrina mayoritaria, sirva como ejemplo CAPRIOLI, F., *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p.275, BALSAMO, A., “Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Cassazione Penale*, numero 6, 2008, p. 2649. Aunque también tiene detractores como FANULI, G. L., “La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato dalla consulta” in *Archivio della nuova procedura penale*, numero 4, 2002, p. 284.

*oficiales de policía judicial infiltrarse en organizaciones criminales, avalándose incluso de falsas identidades para establecer relaciones con los diversos sujetos con el objetivo de adquirir elementos de prueba*⁸⁵³ y que no tiene sentido obligar al agente encubierto a manifestar que se trata de un policía y posteriormente crear una transcripción de lo que le han contado los investigados.⁸⁵⁴

Por otra parte, como ocurre en cualquier Estado, que el agente encubierto acuda a las sesiones de juicio oral a declarar genera muchos y graves riesgos, porque si los enjuiciados llegasen a conocer su verdadera identidad tendrá represalias en su contra, en contra de su familia o allegados o, en contra de todos. Sin embargo, es necesario que el agente encubierto además de desempeñar su labor de medida de investigación constituya una prueba testifical. Y en este punto, específicamente en Italia observamos que el propio CPP con el fin de proteger a los agentes encubiertos alberga el art. 497.2 BIS por el cual se establece que durante todo el proceso penal puedan continuar manteniendo su identidad ficticia, no solamente los propios agentes encubiertos sino también los oficiales o agentes pertenecientes a la organización de policías externos, los auxiliares, los intermediarios cuando les sean requeridos sus datos personales, este artículo les habilita a mantener los ficticios para salvaguardar su seguridad.

Luego, como ocurre en el ordenamiento jurídico español en el art. 282.2 BIS también se les permite mantener su identidad falsa cuando testifiquen en el proceso, sin embargo, el legislador español lo supedita a la previa autorización judicial no ocurre como en Italia en el que observamos una tutela automática sobre la protección de la verdadera identidad del agente encubierto en el proceso penal italiano de ``manera automática`` es decir, sin que deba autorizar el juez que continúe con su identidad falsa. Nosotros creemos que existen casos y casos, a nuestro parecer, lo más lógico es que fuese valorado por un Juez en cada uno de ellos para determinar si existe la peligrosidad necesaria para seguir manteniendo la identidad falsa y sobre todo, creemos necesaria la motivación judicial porque el derecho de defensa debe ser salvaguardado y con un razonamiento judicial podría motivarse tal limitación a la par que dar a la defensa la posibilidad de recurrirlo, algo que no ocurriría en el ordenamiento jurídico italiano.

⁸⁵³ BALSAMO, A., ``Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo``, *op. cit.*... p. 2663.

⁸⁵⁴ GAETA, P., ``Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)``, in *Giusto processo nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001)*, Dir. TONINI P., ed. Cedam, Padova, 2001, p. 275.

Como ocurre en el proceso penal español el Juez que haya de dilucidar la causa sí que conoce la identidad real además de la ficticia del agente encubierto. Pero, a diferencia del proceso penal español, en la instrucción italiana, el Ministerio Fiscal conoce la identidad real del agente encubierto mientras que en el proceso penal español puede desconocerla cuando la medida de investigación del agente encubierto haya sido autorizada por el Juez de Instrucción en lugar de por el Ministerio Fiscal. Además, el momento procesal es distinto porque la LECrim solamente lo prevé expresamente para cuando deban testificar mientras el art. 497.2 BIS CPP lo establece durante todo el proceso. Nos parecen disposiciones muy escuetas que dejan muchos aspectos sin resolver.

Por otra parte, la LECrim sí que prevé expresamente que se les pueda aplicar la legislación de testigos protegidos española, la LOPTP, en cambio en el ordenamiento jurídico italiano observamos que en el art. 147.1 BIS disp. Act. CPP permite ocultar la imagen del agente encubierto, permitiendo adoptar las cautelas idóneas para evitar que el rostro de los agentes sea visible. De nuevo, en el proceso penal italiano como en el español al proteger la verdadera identidad del agente encubierto e incluso pudiendo ocultar su imagen y/o voz se matiza y limita el derecho a la defensa porque la misma no puede conocer la historia personal del testigo esto es, los posibles rencores, sus intereses, su posible resentimiento o la animadversión que podría tener cualquier testigo y que en cualquier proceso son importantes para que se elabore una buena defensa y examinar la solidez de la acusación, la credibilidad subjetiva del testigo protegido que en este caso es un agente encubierto. Aquí, como ya expusimos para los procesos con agente encubierto ventilados en España, hay que tener en cuenta que los agentes encubiertos no son arrepentidos ni confidentes sino policías, funcionarios independientes y debidamente adiestrados para no dejarse corromper. Por último, es preciso señalar que, las partes en el proceso penal italiano pueden conocer la identidad falsa del agente encubierto cuando deba declarar, luego no se produce el anonimato.⁸⁵⁵ De esta forma, el agente encubierto en el proceso penal italiano también es un testigo especial como ocurre en España.

⁸⁵⁵ Para profundizar sobre el anonimato en el proceso penal italiano BALSAMO, A., ``Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea'', in *Cassazione penale*, numero 12, 2006, p. 3008. TAMIETTI, A., ``Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo'' in *Cassazione penale*, 2003, p.1700, MAFFEI, S., ``Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo'', in *Cassazione penale*, numero 5, 2003, p. 1696.

7.4. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN ITALIA

En Italia, como en el resto del mundo se preparan y perpetran todo tipo de delitos en la Deep web o la Darknet. La delincuencia organizada que existía en este país y que opera de manera intensa y estructural en todos los sectores del mundo físico ha encontrado en internet otro entorno donde preparar y/o perpetrar delitos de todo tipo, entre los que destacan por ser especialmente usuales: el tráfico de armas, el de sustancias psicotrópicas, la preparación de homicidios y asesinatos, la pornografía infantil, la preparación de actividades terroristas así como otras iniciativas criminales que se escudan y utilizan la red para cumplir sus objetivos ilícitos, digamos que la mafia también ha conquistado internet y la utiliza a su antojo.

Como vimos en el capítulo anterior, en el entorno virtual siguen estando vigentes todos los derechos y las garantías de los investigados, llegándose a hablar de ‘‘domicilio informático’’⁸⁵⁶, por ello, es importante que las herramientas que se utilicen para investigarlos no los vulneren, en la red siguen existiendo los derechos de los investigados como no declarar contra sí mismos y no declararse culpables, el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones etc... como expusimos. El agente encubierto informático sigue siendo una herramienta de investigación muy invasiva y aunque su actuación se lleve a cabo de manera mediata, en la red como expusimos, todo es inmediato. Pues bien, el ordenamiento jurídico italiano también prevé la existencia de un agente encubierto informático cuyo objetivo es obtener pruebas, sin embargo, como ocurre en España, no existe una reglamentación del mismo, es decir un desarrollo específico y extenso de sus características, sus distintas posibilidades y sus limitaciones.

Esta figura fue positivizada ante la emergencia penal que supusieron los delitos preparados y/o perpetrados utilizando internet que generaron, como no puede ser de otra manera, una gran alarma social. Esto, sin lugar a dudas conllevó que la lista de delitos taxativos que puede investigar el agente encubierto se ampliase y que se habilitaran a los policías que podían ser agentes encubiertos físicos a poder convertirse también en agentes encubiertos virtuales. En Italia, observamos que esta figura se fue gestando antes que en España, ya en la Legge n. 269/1998 contra la explotación de la prostitución, la pornografía

⁸⁵⁶ Como podemos observar en SIGNORATO, S., *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, ed. Giappichelli, Torino, 2018, p. 49 ss.

y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de esclavitud⁸⁵⁷ en su art. 14.2 se hacen posibles las operaciones encubiertas en internet⁸⁵⁸, esta ley, según TROISI tiene un papel pionero en el planteamiento y regulación de las operaciones encubiertas en internet.⁸⁵⁹

Fue en el 2006 con la Legge 16 marzo 2006, n. 146 cuando se positiviza la figura del agente encubierto informático en Italia motivado, sobre todo, por la lucha contra la pornografía infantil y también contra delitos relacionados con el juego. Determinando el apartado segundo de dicha ley ``2. *En los mismos casos previstos en el apartado 1, los oficiales y agentes de la policía judicial podrán utilizar documentos identidades o datos de cobertura también para activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, informando al fiscal lo antes posible y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio de las actividades.*'' El hecho de que el legislador italiano incluyese que los agentes pueden activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, lo hace pensando en los delitos de pornografía infantil.⁸⁶⁰ De esta forma, se regula el agente encubierto informático para poder acceder a contextos criminales complejos debido a la evolución delictiva de Italia adaptándose a las innovaciones tecnológicas explotadas por los delincuentes. Lo que ocurre es que en España la posibilidad de investigar con agente encubierto en internet se introduce en la LECrim de manera muchísimo más tardía que en Italia, en España en el 2015⁸⁶¹.

Desarrollémoslo:

⁸⁵⁷ Cuyo objetivo es luchar contra los casos más graves de prostitución y pornografía infantil y el delito de iniciativas turísticas. Esta ley con una disposición a un sector específico, el de la ``seguridad telemática'' ha conferido a la policía postal y de comunicaciones poder protagonizar operaciones encubiertas.

⁸⁵⁸ En español, este artículo dice expresamente: ``En el marco de las misiones de policía de telecomunicaciones definidas por el decreto mencionado en el apartado 15 del artículo 1 de la Ley 31 de julio de 1997, n° 249, el órgano del Ministerio del Interior para la seguridad y regularidad de los servicios de telecomunicaciones realiza a petición de la autoridad judicial, motivada bajo pena de nulidad, las actividades necesarias para combatir los delitos contemplados en los artículos 600-BIS, párrafo primero, 600-TER, párrafos primero, segundo y tercero y 600-QUINQUIES del Código Penal cometidos mediante la utilización de sistemas informáticos o medios de comunicación telemática o utilizando redes de telecomunicaciones disponibles al público. A estos efectos, el personal podrá utilizar indicaciones de cobertura también para activar emplazamientos en redes, establecer o explotar zonas de comunicación o intercambio en redes o sistemas telemáticos, o para participar en ellos. Dicho personal especializado realiza con los mismos fines las actividades mencionadas en el apartado 1 también por vía telemática.''

⁸⁵⁹ TROISI, P., ``Operazioni Digitali Sotto Copertura'', in *Le indagini atipiche* Dir. Scalfati, A., ed. Giappichelli, Italia, 2019, p. 624.

⁸⁶⁰ TROISI, P., ``Operazioni Digitali Sotto Copertura'', *op. cit.*... p. 628.

⁸⁶¹ Cuando se añade el apartado 6 por el art. único.2 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre modificando el art. 282 BIS LECrim.

7.4.1. Autorización e información del agente encubierto informático en Italia

El art. 9 de la Legge 16 marzo 2006, n. 146 actualmente prevé en su apartado segundo la posibilidad de que el agente encubierto actúe en internet para investigar los mismos delitos que el agente encubierto físico utilizando documentos identidades o datos de cobertura también para activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, informando al fiscal lo antes posible y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio de las actividades.

Precisamente para infiltrarse en los circuitos de relaciones delictivas presentes en las redes de internet, la policía debe dirigir al Ministerio Fiscal un informe motivando la necesidad de adoptar esta medida de investigación. También es necesario comunicarlo previamente a la autoridad judicial competente de la investigación.⁸⁶² Se debe informar a la autoridad judicial responsable de la investigación para que autorice la actividad y de esta forma se garantice la proporcionalidad e idoneidad de la medida de investigación y que esté vigente la posible exención de responsabilidad penal para los agentes y conferir un carácter oficial y transparente a las operaciones encubiertas desarrolladas en internet.⁸⁶³ De hecho, en los casos de operación encubierta en internet en los que se produce la entrada y vigilancia de sistemas tiene que ser autorizada judicialmente o de lo contrario la actuación sería nula.⁸⁶⁴

Pues bien, cuando existan suficientes indicios racionales de criminalidad, producto de las ciberpatrullas que realiza la policía, se solicitará dicha autorización, por lo que, como ocurre en España el agente encubierto informático no se autoriza de manera prospectiva.⁸⁶⁵ La Fiscalía, será informada del inicio de las actividades y constantemente

⁸⁶² Desde la reforma operada gracias a la Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia a través de su art. 8 apartado e) que sustituye al apartado 4 del art. 9 de la Legge n.146/2006 estableciendo que ``4. El órgano que ordene la ejecución de las operaciones mencionadas en los apartados 1 y 2 deberá informar previamente a la autoridad judicial responsable de la investigación. La notificación inmediata y detallada de la ejecución de las actividades antidroga se efectuará a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y al fiscal competente para la investigación. Si es necesario o si lo solicita el Fiscal y, en el caso de actividades antidroga, también la Dirección Central de Servicios Antidroga, se indicará el nombre del funcionario de policía judicial encargado de la operación, así como los de los auxiliares e intermediarios empleados. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal deberá ser informado sin demora, por el mismo órgano, durante el desarrollo de la operación, de las modalidades y de las personas que participan en ella, así como de sus resultados``

⁸⁶³ BELLAGAMBA, F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, ed. Giuffrè, Milano, 2007, p. 212.

⁸⁶⁴ Como podemos observar en Corte di Cassazione, sezione III, 3 dicembre 2001, n. 5397.

⁸⁶⁵ MELILLO, G., ``Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo``, en *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Dir. DI CHIARA., G., Torino, 2003, p. 52.

puesta al día sobre la evolución de la operación, sobre todo si en el curso de las investigaciones el agente encubierto informático descubre otros delitos, distintos para los que fue autorizado. En el ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 282 BIS apartado seis LECrim solamente será necesario informar al Juez de Instrucción y no se prevé un plazo límite de tiempo para informarle como sí que ocurre en Italia.

En relación a la regulación de los contactos del agente encubierto virtual en la actual regulación. Según TROISI en dichos contactos con los investigados el agente encubierto virtual tiene los mismos límites que los agentes encubiertos tradicionales que actúan en el ámbito físico.⁸⁶⁶ La cláusula de reserva del art. 51 del Código Penal también es exportable a las actividades reguladas por el apartado 2. Así, la activación de sitios en la red, la creación y gestión de áreas de comunicación o de intercambio en redes o sistemas informáticos es la forma en que el agente encubierto virtual ejecuta sus actividades en la red. Pues bien, ese *“activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación”* es el modus operandi que habilita la regulación actual para que el agente encubierto informático pueda infiltrarse en el entorno virtual donde supuestamente se estarían perpetrando o preparando delitos.

7.4.2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático en Italia

Los funcionarios de policía que pueden ser agente encubierto tradicional, físico también pueden ser agentes encubiertos informáticos en Italia. Además, el art. 14.2 de la Legge n. 269/1998 también legitima a la *“policía postal”* y de comunicaciones para realizar actividades encubiertas en la red. Todos los funcionarios policía que vayan a desempeñar la función de agente encubierto informático contarán con una formación especializada. Luego, se siguen especificando los cuerpos de policía que pueden desempeñar esta labor, cosa que no prevé el art. 282 BIS LECrim apartado seis en el que solamente se especifica que *“funcionarios de la policía judicial”* pueden ser autorizados para desempeñar la labor de agente encubierto virtual.

Así, en virtud de su apartado quinto estos funcionarios también podrán servir de auxiliares a los que se extenderá la causa de no punibilidad prevista para los mismos casos, y esto, es muy importante en la regulación de esta figura porque normalmente en las investigaciones encubiertas en internet se utilizan expertos informáticos y mediadores

⁸⁶⁶ TROISI, P., *“Operazioni Digitali Sotto Copertura” op. cit...* p. 634.

lingüísticos y culturales, tan habitualmente utilizados en las operaciones contra el terrorismo islámico que, en el caso de la regulación italiana, tendrían, como el agente encubierto informático, esa posible exención de responsabilidad penal en virtud del art. 9.5, algo que no sucede en España.

7.4.3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático en Italia

El agente encubierto informático en Italia puede activar sitios web y crear o gestionar chats, iniciar o establecer contactos para llevar a cabo las acciones contempladas en el apartado primero del art. 9. El legislador italiano confiere a su agente encubierto virtual unas capacidades parecidas a las que encontramos en la LECrim pero no idénticas ya que como expusimos en el capítulo anterior, en España se prevé de manera más general que el agente encubierto virtual pueda actuar en canales cerrados de comunicación así como intercambiar material ilícito por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos, obtener o grabar imágenes.

En Italia, como en España el agente encubierto informático puede transmitir contenido ilícito, para enviar material que se puede encontrar en la red en abierto no necesita ser agente encubierto informático⁸⁶⁷. Autores como DI BUGNO determinan que para las investigaciones de delitos de pornografía infantil debe ser *“un material especialmente atractivo para potenciales pedófilos”*⁸⁶⁸. Sin embargo, hemos de resaltar que la regulación que hoy ampara al agente encubierto informático no establece que el mismo ofrezca materiales ilícitos por razón de su contenido a los investigados, así lo ha establecido la Corte di Cassazione Sezione VI, 11 febbraio 2009, n. 12142. De la misma forma el agente encubierto virtual puede proceder a la compra simulada de material pornográfico pedófilo y esto debe, entenderse como una acción específica respecto de la compra de *“bienes o cosas que sean objeto, producto, beneficio, precio o medio para cometer el delito”*. No podemos olvidar, que el agente encubierto informático sigue siendo un medio de investigación intrusivo por ello, es necesaria la autorización judicial tanto para adentrarse en las webs privadas como para difundir o ceder imágenes o vídeos

⁸⁶⁷ Como podemos observar en Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

⁸⁶⁸ En DI BUGNO, C., *“Commento all’art. 14 legge n. 269 del 1998”*, op. cit... p. 155.

de menores protagonizando conductas fuertemente lesivas de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal sustantivo.

Es importante resaltar que el agente encubierto informático no tiene que documentar sus actividades y hallazgos en actas como sí que sucede en España⁸⁶⁹, la literatura dogmática y jurisprudencial consultada considera que dado el dinamismo y la imprevisibilidad de la web no se debe documentar para no comprometer la seguridad de los agentes y no poner el peligro la infiltración virtual⁸⁷⁰. Además, no lo establece el art. 357.2 del CPP. Lo que se suele hacer, según VENDIUS⁸⁷¹ es grabar las operaciones de acuerdo con el art. 136 CPP, porque la activación de sitios, el intercambio de archivos, la creación y participación en chats, etc..., son actividades no repetibles.

El agente encubierto informático en Italia tampoco puede provocar el delito, este país también aplica el test de la provocación del delito que expusimos en el capítulo anterior sobre el agente encubierto virtual en España.⁸⁷² En su jurisprudencia, también se aprecia como ocurre en la española, la prohibición de que el agente encubierto virtual envíe material ilícito sin que antes se hayan compartido dichos contenidos por los integrantes del chat, foro o en definitiva, web porque esto supondría la provocación del delito como también ocurre en España.⁸⁷³ Según SESSA se deben realizar conductas pasivas sin carácter instigador.⁸⁷⁴

En definitiva, el material probatorio recogido por el agente encubierto virtual no sería válido cuando se han cometido delitos durante la actividad encubierta en la red sin haber obtenido autorización judicial para ser agente encubierto informático o cuando la autorización judicial no está debidamente motivada, o cuando dicha autorización encomiende las actividades encubiertas virtuales a agentes de la policía que no pertenezcan a ninguno de los cuerpos previstos en el art. 9 Legge 9 gennaio 2019, n. 3 así como cuando la solicitud de esta medida de investigación no esté lo suficientemente

⁸⁶⁹ Que, como explicamos, el art. 282 BIS LECrim no lo prevé específicamente para el agente virtual pero se considera que todo lo que dice el mismo artículo para el agente encubierto físico se extrapola al agente encubierto que actúa en internet.

⁸⁷⁰ Como podemos ver en TROISI, P., ``Operazioni Digitali Sotto Copertura'' *op. cit.*... p.664, BARROCU, G., *Le indagini sotto copertura*, *op. cit.*... p. 155, también en Corte di Cassazione Sezione I, 17 ottobre 2006, n. 41281.

⁸⁷¹ VENDIUS, T.T., ``Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet'', en *European Review of Organised Crime*, numero 2, 2015, p. 13.

⁸⁷² Como podemos ver en TROISI, P., ``Operazioni Digitali Sotto Copertura'' *op. cit.*... p.663.

⁸⁷³ Por ejemplo, lo podemos apreciar en Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.

⁸⁷⁴ SESSA, A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ed. Esi, Napoli, 2018, pp. 355 e 372.

motivada. En estos casos, la actividad del agente encubierto en internet sería ilícita conforme al art. 191 del CPP, esto puede ser apreciado de oficio y en cualquier momento en que se encuentre el proceso.⁸⁷⁵ La actividad del agente encubierto virtual en Italia será legítima cuando el mismo actúe con autorización judicial, investigue alguno de los delitos recogidos en la lista del art. 9 y su finalidad sea obtener pruebas como podemos observar, por ejemplo, en la sentencia de la Corte di Cassazione Sezione III, 25 ottobre 2017, n.56086.⁸⁷⁶

7.5. CONCLUSIONES SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA

Por último, sobre esta herramienta de investigación penal en el ordenamiento jurídico italiano debemos poner de relieve que se ha tratado de luchar contra la delincuencia organizada de distintas formas y una de ellas es con la utilización de los agentes encubiertos. Esta figura fue positivizada por vez primera en los años noventa y ha sido recogida en varias normas que lo desarrollan y que regulan su actividad de forma más específica que en España.

Aun así, autores como SCALFATI, SESSA y TROISI⁸⁷⁷ determinan que en el ordenamiento jurídico italiano actualmente falta una disciplina procesal completa de este tipo de investigación, en la que se identifiquen entre otras cosas unos presupuestos fácticos por los que se podría recurrir la decisión que acuerde esta medida de investigación. Es necesaria una reglamentación de las actividades encubiertas en la que se fijen la forma de documentar la actividad encubierta, los límites con respecto a la protección de los principios del proceso penal así como de los derechos constitucionales, las garantías de defensa y las sanciones procesales en caso de incumplimiento. Esto en la actualidad se encuentra supeditado a la apreciación jurisdiccional de manera casuística, es decir que el Juez que haya de dilucidar la causa será el que valorará y ponderará. Todos estos autores concluyen determinando que es necesaria una regulación más adecuada de esta figura porque puede vulnerar derechos fundamentales. El juez deberá reconstruir las razones por las que se ordenó la operación, el grado de implicación de la policía en la

⁸⁷⁵ Como podemos ver en Corte di Cassazione, Sezione III, 5 maggio 2004, n. 37074 y en Corte di Cassazione, Sezione III, 8 maggio 2003, n. 39706.

⁸⁷⁶ También en las sentencias de la Corte di Cassazione, Sezione III, 28 gennaio 2005, n. 13500, Sezione III, 29 aprile 2004, n. 24000, Sezione III, 16 giugno 2004, n. 32435, entre otras.

⁸⁷⁷ SCALFATI, A., *``Principi, in ID. (a cura di), Manuale di diritto processuale penale``*, ed. Giappichelli, Torino, 2018, p. 25. SESSA, A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato``*, op. cit...p. 348. TROISI, P., *``Operazioni Digitali Sotto Copertura``*, op. cit... p.662.

comisión del delito y el alcance de cualquier incitación o presión ejercida. El análisis profundo que es necesario para estudiar cómo limita esta figura los principios del proceso penal italiano así como los derechos y garantías procesales de los enjuiciados en procesos penales italianos con agente encubierto necesitaría ser desarrollado de manera exclusiva en otro trabajo por ser un tema tan amplio, que desborda los límites de esta tesis doctoral.

Del estudio de esta figura en Italia como en España concluimos que lo importante es que exista un proceso equitativo donde las medidas de protección del agente encubierto no lleguen nunca a vulnerar los principios del proceso penal así como los derechos y garantías de los investigados.

CONCLUSIONES

I

El agente encubierto es una herramienta de investigación penal de carácter personal que recoge la LECrim en el art. 282 BIS. Se trata de un funcionario policía autorizado por el Juez o Fiscal al que el Ministerio del Interior le suministra una identidad supuesta durante seis meses prorrogables en periodos de igual duración para poder investigar delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada previstos en el apartado cuarto del art. 282 BIS. Debemos diferenciar las operaciones encubiertas de las actividades policiales infiltradas, no es lo mismo un policía infiltrado que un agente encubierto. La principal diferencia es que para ser agente encubierto es necesaria la autorización judicial o fiscal, esto hace posible la aplicación del art. 282 BIS LECrim y por lo tanto, que dicho funcionario policía que protagoniza la operación encubierta cuente con unas garantías procesales y penales distintas al que tiene un policía infiltrado. Debemos tener claro que la infiltración es una técnica de investigación utilizada siempre por los agentes encubiertos y que a su vez son policías infiltrados, pero un policía infiltrado puede no convertirse nunca en un agente encubierto, por lo expuesto. La jurisprudencia y la doctrina siguen utilizando indistintamente los términos agente encubierto, policía infiltrado, operaciones encubiertas y actividades de infiltración policial lo que genera confusión para todos los operadores jurídicos.

II

El agente encubierto es una diligencia de investigación de naturaleza predominantemente policial que ha tenido una positivización muy tardía. Entra en la LECrim en el 1999 porque se incrementa su utilización ante el aumento de los delitos relacionados con terrorismo, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como el blanqueo de capitales y era necesario dotar de derechos, garantías y más seguridad a los policías que decidían infiltrarse. También era necesario regular esta herramienta de investigación policial para asegurar que respeta los derechos y garantías de los investigados así como los principios del proceso penal ya que sus investigaciones son muy agresivas, afectan y limitan los mismos. La regulación de esta figura ha sufrido tres reformas desde que se introdujo en la LECrim en el 1999 a través del art. 282 BIS y pensamos que es necesario modificarla de nuevo por todas las razones expuestas y teniendo en cuenta las propuestas contenidas en este trabajo. Y esto porque el ALECrin

ofrece una regulación más extensa de las operaciones encubiertas físicas y virtuales incluyendo aspectos que la doctrina y la jurisprudencia venían solicitando pero dejando de nuevo fuera de la nueva LECrim cuestiones de especial importancia, fundamentales, como definir qué debemos entender por canales cerrados de comunicación.

III

Las diferencias entre las regulaciones sobre el agente encubierto en los países europeos y países vecinos ralentizan y limitan el desarrollo del proceso penal. También perjudican el efectivo ejercicio de los derechos y garantías de los investigados. Así las cosas, es cierto que contamos con normas que tratan de garantizar la cooperación internacional en cuestiones penales como las que pueden acontecer cuando se utiliza esta figura. Aun así, creemos que lo ideal sería tener una regulación parecida en los distintos Estados al menos de la UE porque en todos los casos la legislación que se debe aplicar a las operaciones encubiertas es la del Estado donde se esté llevando a cabo. Por ello, creemos necesario que se dicte una directiva europea que armonice las distintas regulaciones que ofrecen los Estados sobre la figura del agente encubierto para especificar puntos de unión e invitar a los Estados a regular más específicamente esta medida de investigación fijando la propia UE los mínimos.

IV

El objetivo del agente encubierto en España es recabar pruebas que nutran la investigación penal para conseguir castigar los delitos tan graves que se perpetran en el seno de la delincuencia organizada, los previstos en el art. 282 BIS apartado cuarto de la LECrim. En el ordenamiento jurídico español también podemos apreciar otras figuras que comparten ciertos rasgos y algunas características con el agente encubierto tales como los confidentes o arrepentidos, los testigos anónimos, los agentes del servicio nacional de inteligencia los whistleblowers o informantes y las entregas vigiladas. Tras su estudio llegamos a la conclusión de que todos ellos tienen como objetivo conseguir investigar para obtener pruebas que nutran un proceso o procedimiento. En cambio, el agente encubierto no comparte con el agente del CNI el mismo objetivo porque a pesar de que las operaciones encubiertas conllevan un trabajo de inteligencia lo que se busca es obtener indicios y pruebas para tratar de castigar a los miembros de una organización criminal y no solamente conocer el funcionamiento y tener información sobre los implicados, las relaciones, o el *modus operandi* de las actividades investigadas y sin que tenga que existir dependencia. Llegamos a la conclusión de que el agente encubierto es una diligencia de

investigación penal única, especial, excepcional y que puede tener dos vertientes: constituir una fuente de pruebas durante la instrucción penal y ser un medio probatorio en el juicio oral a través de su prueba testifical.

V

Entre las características tan especiales que encontramos en esta herramienta de investigación destacamos que es el propio Estado el que autoriza engañar a los ciudadanos para conseguir investigar. Todos los ciudadanos podemos esperar que se lleven a cabo investigaciones secretas, porque el Estado está velando por nuestra seguridad. Precisamente por ello, es necesario que se publique un estatuto del agente encubierto al igual que existe un estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia. También creemos necesario crear un reglamento de las operaciones encubiertas. Lo consideramos necesario para publicitar aspectos que toda la sociedad y todos los funcionarios al servicio del Estado tienen derecho a conocer sin poner en riesgo las operaciones encubiertas sino dotándolas de mayor seguridad jurídica al desarrollar de manera pormenorizada aspectos que no caben en la propia LECrim. Aconsejamos a nuestro legislador crearlo sirviendo de ejemplo el estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia en el que se regula la actividad de los agentes del CNI sin revelar información que desnaturalice ni ponga en peligro a los policías que decidan ser agentes encubiertos.

VI

Es necesario familiarizar más al personal juzgador y al personal no juzgador de los órganos judiciales con la figura del agente encubierto, con su presencia y participación en la causa, tanto en la fase de instrucción como en la fase oral o plenaria. Consideramos necesario que Jueces, Magistrados, Fiscales, LAJS así como funcionarios de gestión, tramitación y auxilio judicial reciban cursos de formación para evitar que se cometan errores procesales en sede judicial o fiscal que puedan poner en peligro al agente encubierto o la legalidad del proceso.

VII

El ámbito de actuación del agente encubierto es la delincuencia organizada que el legislador recoge en el propio art. 282 BIS apartado cuarto LECrim. Creemos que es demasiado arriesgado que la definición de delincuencia organizada se exprese en la propia LECrim porque se trata de una fenomenología delictiva que no deja de cambiar lo que avoca a la obsolescencia del ámbito de actuación del encubierto y del propio artículo.

VIII

El agente encubierto es una herramienta de investigación normalmente solicitada por la policía judicial al Juez o Fiscal de manera motivada exponiendo los indicios de criminalidad que se han obtenido de los contactos previos y cuando la policía considera que puede llegar a limitar o que se puede ver vulnerado alguno de los derechos de los investigados y/o la infiltración se ha hecho tan profunda que rebasa los contactos previos, entonces se suele solicitar la autorización de la operación encubierta. Dicha petición normalmente viene acompañada por el plan de la operación encubierta que realiza la policía judicial en el que se expresa cómo se desarrollaría la investigación. Es diferente en cada operación y su creación conlleva esfuerzos policiales que nosotros consideramos no deberían ser realizados hasta que no esté autorizada la operación encubierta por el Juez o Fiscal, no debería acompañar al oficio por el que la policía interesa esta diligencia de investigación ahorrando de esta forma tiempo tan necesario en estas operaciones.

IX

La medida de investigación penal que es el agente encubierto puede ser autorizada por el Juez de Instrucción o por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez como podemos apreciar en el apartado primero del art. 282 BIS LECrim, sin embargo, se trata de una diligencia de investigación tan invasiva y peligrosa que deberían de especificarse en la propia LECrim los presupuestos, el ámbito, las afectaciones a terceros, el contenido que debe tener la autorización judicial o fiscal, el deber de colaboración, el control de la medida y el acceso de las partes a las actas que proporciona el agente encubierto como actualmente ocurre con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas del art. 588 TER LECrim.

X

El agente encubierto constituye una diligencia de investigación personal que solo puede ser protagonizada por la policía judicial como indica expresamente el art. 282 BIS apartado primero. Este policía suele pertenecer a la Unidad de Agentes Encubiertos que cuenta con formación específica para realizar este tipo de operaciones. Unida a la figura del agente encubierto también solemos encontrar el equipo de investigación y el agente cobertura o de enlace, todos pertenecen a la Unidad de Agentes Encubiertos. El equipo de investigación se encarga de gestionar la operación encubierta y el agente de cobertura o enlace es la persona con la que más confianza tiene el encubierto y quien sigue el

devenir constante de su investigación. Todos ellos son necesarios para procurar el éxito de la operación pero implicar a tantas personas conlleva riesgos para la información que se debe transmitir al proceso en su integridad a la par que hace que aumenten los costes en cuanto a tiempo y dinero de estas investigaciones. Por tanto, consideramos que, los equipos de investigación deberían estar compuestos como máximo por tres agentes y que uno de ellos realice también la función de agente de cobertura o enlace, de esta forma no serían necesarios tantos efectivos policiales y se reduciría el número de personas que conocen la operación encubierta.

XI

Para que un policía judicial pueda ejercer de agente encubierto además de la autorización judicial o fiscal el Ministerio del Interior le suministra una identidad ficticia. También se le asigna un nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico para, entre otras razones, protegerle y que pueda participar en varios procesos relacionados o sin relación y simultáneos o no. Estos datos se guardan en la pieza separada y secreta de la causa a la que solo tendrán acceso el Juez de Instrucción, el Fiscal, el Juez que haya de dilucidar la causa y el LAJ. La utilización de la identidad supuesta que es suministrada por el Ministerio del Interior durante seis meses puede ser prorrogada sin límite, por periodos de igual duración, tantas veces como sea necesario. De esta forma, la LECrim no prevé un límite máximo de duración a la actividad del agente encubierto. Por otra parte, cuando terminan los seis meses y la policía judicial necesita solicitar la prórroga de la identidad supuesta debe de razonar su petición con los motivos que hacen necesario que continúe la operación encubierta para que el Juez de Instrucción considere autorizarla de nuevo, a su vez el Juez de Instrucción debe solicitar al Ministerio del Interior la prórroga de la identidad supuesta, todo ello conlleva tiempo. Durante ese tiempo sin autorización judicial el policía puede seguir actuando como un policía infiltrado sin que se le pueda aplicar el art. 282 BIS LECrim, sin la cobertura legal con la que cuentan los agentes encubiertos contando únicamente con los derechos y garantías de cualquier otro policía. Si existe mucho peligro se puede elegir retirar al funcionario policía hasta que se obtenga la prórroga. Para nosotros, lo más acertado sería solicitar la prórroga antes de que finalicen los seis meses y que el Juez de Instrucción pueda autorizar tanto la prórroga de la actividad encubierta como del uso la identidad ficticia suministrada por el Ministerio del Interior.

XII

El agente encubierto hoy en día solo puede investigar los delitos previstos en la lista *numerus clausus* del art. 282 BIS LECrim apartado cuarto que estén siendo preparados o perpetrados por tres o más personas asociadas de manera permanente o reiterada, es decir en el seno de la delincuencia organizada, luego el Juez o Fiscal no puede autorizar la diligencia de investigación que constituye el agente encubierto para investigar delitos que estén siendo preparados o perpetrados por una persona, por dos personas o incluso por tres o más personas que no estén asociadas de forma permanente o reiterada ni para investigar delitos que se encuentren fuera de dicha lista. Esto limita enormemente el ámbito de aplicación de esta herramienta de investigación, desaprovechando un instrumento muy eficaz. Nosotros apostamos por un ámbito de actuación del agente encubierto ligado únicamente a la gravedad de los delitos y a que no puedan ser investigados con ninguna otra diligencia de investigación penal y así se motive, es decir, abogamos porque el agente encubierto pueda investigar delitos graves aunque no se cometan en el seno de la delincuencia organizada y aunque no se encuentren en la lista *numerus clausus* de delitos que prevé el art. 282 BIS LECrim apartado cuarto, que invitamos al legislador a eliminar del articulado de esta figura.

XIII

El agente encubierto debe poner en conocimiento de quien autorizó la investigación a la mayor brevedad posible y en su integridad la información que vaya obteniendo durante su investigación. A la luz de la doctrina dogmática y jurisprudencial analizada tenemos que dicha información se suele materializar en lo que conocemos por “actas” que son los informes, normalmente escritos, de la actividad desarrollada por el encubierto. Las actas pueden ser creadas por el propio agente encubierto, por el agente de cobertura, por el equipo investigador o por la unidad de agentes encubiertos de la policía judicial dependiendo de la operación encubierta. Lo usual es que el agente encubierto cree dichas actas, se las facilite al agente de cobertura o enlace, éste las envíe al equipo de investigación y el mismo a la Unidad de Agentes Encubiertos de la Policía Judicial supervisando que no se revele la verdadera identidad del agente encubierto ni ningún dato que pueda revelar la identidad real del encubierto. Se genera una cadena muy larga que creemos ralentiza la investigación sin que verdaderamente se cumpla la brevedad que manda el artículo. Nosotros consideramos que lo apropiado es que toda la información llegue a quien autorizó la actividad encubierta ya sea al Juez o Fiscal y que éste mismo

sea el que se encargue de depurar y dividir la información y decidir incluirla en las piezas de la causa. A pesar de que el artículo exprese que la información se tiene que aportar al proceso en su integridad, esto no ocurre así en la práctica como avala tanto la doctrina como la jurisprudencia⁸⁷⁸ en algunos casos en las actas podemos encontrar solo la información que se cree relevante para la investigación. Por último, consideramos necesario que el legislador especifique la forma procesal que deben tener las actas, su carácter reservado o secreto, el momento exacto en que se tienen que incorporar al proceso porque normalmente tienen contenido incriminatorio y por ello debe ser conocido por las defensas para que no se vea afectado el derecho de defensa.

XIV

El agente encubierto debe soportar grandes peligros durante su infiltración en la organización criminal, el riesgo más temido es que los investigados descubran su identidad real. Nuestro ordenamiento jurídico prevé unas cautelas procesales para evitar que esto ocurra, como portar la identidad ficticia o la aplicación de la LOPTP analizados en capítulo tercero. Además a nosotros nos gustaría proponer otras para que se le apliquen durante la instrucción:

- Que se cree un mecanismo de alerta seguro en caso de que se detenga al agente encubierto durante la operación encubierta en un partido judicial distinto al que instruye la causa o antes de que el Fiscal que le haya autorizado haya dado cuenta al Juez para que el resto de órganos judiciales sepan que se trata de un agente encubierto.
- Que se avise al agente encubierto de que se va levantar el secreto del sumario, si lo ha habido, y por ello se va a poner a disposición de las partes la pieza principal y si se ha decidido poner a disposición de las partes la pieza reservada sobre la investigación del encubierto en la que sí que aparece su nombre ficticio o nombre genérico en clave o código numérico o alfanumérico.
- Que se evite la presencia del agente encubierto en el juzgado de instrucción, incluso cuando se pueda pensar que se ha corrompido, que siempre realice su declaración ante el Juez de Instrucción mediante videoconferencia.

⁸⁷⁸ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 53 y 63 y STS 503/2021, de 10 de junio, la STS 171/2019, de 28 de marzo.

XV

El agente encubierto como instrumento o diligencia de investigación tiene dos grandes límites, el primero de ellos es la provocación delictiva. La doctrina jurisprudencial internacional, tanto estadounidense como europea (TEDH), han ido especificando qué debemos entender por provocación delictiva analizando siempre el comportamiento del agente encubierto y de los investigados. El TS también lo ha analizado llegando a establecer tres presupuestos que se deben de producir siempre para que estemos ante un delito provocado: un elemento subjetivo, constituido por la incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir, un elemento objetivo, que es la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido y el elemento material, que consiste en que no exista riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Creemos que todos los funcionarios policía que decidan ser agentes encubiertos deberían conocerlos, en su formación deben hablarles sobre la provocación delictiva para saber cómo evitarla.

XVI

El segundo gran límite del agente encubierto es el respeto de los principios del proceso penal, de los derechos y garantías de los investigados. Conseguir que su actuación sea respetuosa con los principios del proceso penal así como con los derechos y garantías de los investigados ya que el agente encubierto que recoge la LECrim pretende que se recaben pruebas con una actuación lo más inocua posible.

Tras el análisis realizado de los principios del proceso penal, llegamos a la conclusión de que respeta el principio de legalidad porque se encuentra regulado en el art. 282 BIS LECrim y persigue un fin legítimo donde los ciudadanos debemos tolerar ciertas intromisiones en nuestros derechos para conseguir averiguar los ilícitos. Respeto el principio de proporcionalidad ya que a través de la resolución Judicial o Fiscal por la que se acuerde la autorización del agente encubierto se deben fundamentar los motivos y especificar los delitos que se pretenden investigar a través de la utilización de un agente encubierto en la investigación explicando que se trata de una medida proporcional, adecuada y necesaria porque no se podrían conseguir con otra medida de investigación distinta los mismos resultados ni se puede investigar a través de otra medida de investigación. Durante su actuación deberá llevar a cabo actuaciones que considere proporcionadas a la realidad que está viviendo. Así, aunque el art. 282 BIS LECrim

legitime al agente encubierto a participar en todo el tráfico jurídico y social consideramos que para no violentar este principio el agente encubierto solamente debería llevar a cabo las actividades y los negocios jurídicos necesarios para preservar su seguridad y su vida ficticia.

La medida de investigación del agente encubierto respeta el principio de publicidad del proceso penal pero lo limita y matiza porque su verdadera identidad nunca va a ser revelada a las partes ni en la instrucción, ni el juicio oral ni en la fase de ejecución. También se limita o matiza el principio de publicidad porque normalmente se retrasa el momento en que las partes conocerán informaciones relevantes para el proceso obtenidas durante la investigación pero el Juez de Instrucción siempre puede ir revelando las diligencias que crea oportunas y que no pongan en riesgo ni las investigaciones ni al agente encubierto como las detenciones realizadas y otras medidas cautelares que haya autorizado. Por último, creemos que esta medida de investigación respeta el principio de búsqueda de la verdad material y no real porque si el agente actúa conforme a derecho sus investigaciones revelarán la verdad de lo sucedido.

XVII

La utilización de esta medida de investigación tiene que respetar los derechos de los investigados. En este sentido, el agente encubierto en sus interacciones con los investigados tiene que respetar el derecho a la intimidad art. 18.1 CE, el derecho a la protección de datos art. 18.2 y 4 CE y a la autodeterminación informativa y libre desarrollo de la personalidad art.18.4 CE. Y esto actualmente se consigue gracias a la autorización judicial que debe tener este funcionario policía en primer lugar para actuar como agente encubierto y en segundo lugar obteniendo la autorización judicial que prevé el apartado tercero del art. 282 BIS LECrim. Sin embargo, existen cuestiones aún no están claras tales como su acceso y revelación de comunicaciones abogado-cliente, la información contenida en el historial médico de los investigados, comunicaciones mantenidas entre los investigados y una autoridad religiosa. Esas informaciones pueden ser relevantes para el proceso penal pero se encuentran protegidas especialmente por nuestro ordenamiento jurídico.

Debe respetar el derecho a la inviolabilidad del domicilio art.18.2 CE y esto actualmente se consigue obteniendo tres autorizaciones judiciales distintas: la

autorización para ser agente encubierto en virtud del art. 282 BIS apartado primero, la autorización para no vulnerar un derecho fundamental que en este caso es la inviolabilidad del domicilio art. 282 BIS apartado tercero y otra autorización judicial si el encubierto pretende obtener imágenes y/o grabar las conversaciones que acontezcan dentro del domicilio del investigado art. 282 BIS apartado séptimo. Creemos que son demasiados oficios y demasiadas autorizaciones judiciales y en definitiva, demasiado tiempo, sobre todo cuando en muchas ocasiones es el propio propietario del domicilio quien invita a entrar al agente encubierto pensando que es quien dice ser y porque el agente encubierto no va a proceder al registro del domicilio. Consideramos conveniente que en la misma autorización judicial o fiscal del agente encubierto se le autorice a entrar en los domicilios de los investigados o en las sedes de la organización criminal.

Debe respetar el secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE. Diferenciando entre: Las comunicaciones en las que es parte el agente encubierto (siempre con su identidad supuesta) en las que del estudio jurisprudencial extraemos que para respetar el secreto de las comunicaciones en las que participa el agente encubierto basta con haber obtenido la primera autorización para ser agente encubierto y que no se vulnera dicho derecho sin haber sido previamente autorizado para grabar las conversaciones con un investigado porque uno de los intervinientes es el agente encubierto bajo la ficción de otra identidad que es la que conocen los investigados como podemos apreciar en STS 2081/2001, de 9 de noviembre y más reciente, STS 171/2019, de 28 de marzo. Y las comunicaciones en las que no es parte el agente encubierto en las que para respetar este derecho, el encubierto debe solicitar las autorizaciones judiciales previstas en los apartados 3 y 7 del 282 BIS LECrim. Además, nosotros consideramos que en el art. 282 BIS debería incluir que cuando el equipo de investigación o la Unidad de Agentes Encubiertos pretenda colocar mecanismos de escucha y/o grabación de imagen y sonido a los investigados también debe solicitar autorización judicial, así como cuando los mismos se coloquen al propio agente encubierto y que esto se debería de comunicar al mismo.

El agente encubierto, durante sus investigaciones también debe respetar el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable art. 24.2 CE y el derecho a la presunción de inocencia art.24 CE y así será siempre que cuente con autorización judicial para ser agente encubierto y trate de mantener una posición pasiva e inocua en las conversaciones que tenga con los investigados, esto es, que el agente encubierto no realice preguntas inquiriosas, capciosas ni dirija la conversación hacia los extremos que quiere

conocer sino que sean los propios investigados los que, dada la confianza que tienen con el encubierto, de manera libre realicen declaraciones completamente voluntarias y espontáneas sobre los aspectos que deseen. Pensamos que en la formación que reciben los policías remarcar esto es muy importante, no se puede provocar la confesión. Además, para generar una mayor seguridad jurídica, consideramos que si los investigados realizan declaraciones inculpatorias el agente encubierto debería especificar en qué contexto y en qué circunstancias se encontraban: si estaban enajenados, enfermos...para que sea tenido en cuenta por el juzgador.

Por último, la medida de investigación del agente encubierto debe respetar el derecho a la defensa del art. 24 CE y esto se conseguirá con la actuación diligente del agente encubierto y poniendo a disposición de las partes, sobre todo de la defensa, toda la información que haya ayudado a preparar el juicio oral, es decir lo contenido de la pieza principal y en la reservada por parte del Juez de Instrucción cuidando siempre no revelar la identidad real del encubierto y sin dar información de la que pueda intuirse. La aportación de esta información a las partes en un proceso con agente encubierto suele ser más tardía. Todo ello podría aclararse con una regulación legal expresa sobre las actas del agente encubierto en la propia LECrim.

XVIII

El agente encubierto también es una fuente de pruebas porque puede acudir al juicio oral a testificar, ratificar el contenido de sus actas y someterse al interrogatorio de las partes, constituyendo un medio probatorio: la prueba testifical del encubierto. Para que esto ocurra con la debida seguridad, el art. 282 BIS LECrim prevé que pueda seguir utilizando su identidad supuesta y que se le pueda aplicar la LOPTP siempre que así se resuelva de manera motivada por la autoridad judicial. Constituye la única excepción al cumplimiento del art. 4.3 de la LOPTP porque nunca se revelará la identidad real del agente encubierto. De forma que el policía podrá contar con una doble protección: la de cualquier otro testigo protegido en España y continuar portando su identidad ficticia. Esto hace que lo califiquemos como un testigo protegido y especial. Así, se considera que el agente encubierto no puede esgrimir motivos de inseguridad para no acudir al juicio oral. Confiamos en que en una causa con agente encubierto todas las medidas de seguridad

previstas se ejecutarán debidamente, porque la aplicación de la anticuada LOPTP dista mucho de aportar la protección que los testigos necesitan.

XIX

Hoy en día sigue existiendo un debate doctrinal sobre el valor de la prueba testifical que emana del agente encubierto, sobre su peso probatorio: si estamos ante una prueba de cargo que por sí misma, por sí sola puede desvirtuar la presunción de inocencia o bien estamos ante un testimonio muy cualificado que requiere de otros datos, indicios y/o pruebas para conseguir vencer la presunción de inocencia de los enjuiciados. Es un debate doctrinal no resuelto y siguen y seguirán existiendo opiniones encontradas. La jurisprudencia sobre ello tampoco ha sido pacífica. En la actualidad tampoco lo es, lo que hemos observado es que la prueba testifical del agente encubierto por sí sola es prueba de cargo y puede servir para enervar la presunción de inocencia pero las sentencias consultadas nunca se basan exclusiva o únicamente en la testifical del encubierto para fundar la condena porque lo habitual es que en la causa se hayan practicado otras pruebas que corroboran y refuerzan la testifical del agente encubierto y que el Juez ha valorado y le han convencido de la culpabilidad de los acusados. En la mayoría de los casos esas otras pruebas las introdujo en el proceso el encubierto cuando era instrumento de investigación en la instrucción.

XX

No consideramos ni pertinente ni ajustado calificar y valorar la prueba que surge del agente encubierto como una ``prueba pericial o policial de inteligencia'', al menos en todos los casos. Porque no se pueden equiparar todas las actas aportadas al proceso con los informes periciales o policiales de inteligencia ya que no todas las actas incluyen estudios empíricos o tienen un corte científico. Por otra parte, el testimonio del agente encubierto no es equiparable al de un perito porque a pesar de que, a la luz de su infiltración, cuente con conocimientos especiales y profundos sobre la realidad que investiga, los delitos perpetrados por la organización criminal así como las declaraciones del agente encubierto pueden ser entendibles por cualquier jurista, por supuesto, por el órgano juzgador de la causa y si las actas no tienen un corte empírico y puramente científico el órgano juzgador también las puede comprender por sí mismo sin la necesidad de que el agente encubierto, actuando como perito, les proporcione una explicación sin la

cual no se entendería su contenido por el tribunal. Si se determinase que la prueba que nace del agente encubierto es una prueba pericial o policial de inteligencia su valor probatorio debería equipararse con el que suelen tener las pruebas periciales por lo que debería tener más fuerza en la convicción del Juez, más que una prueba testifical o documental, pero existe un gran debate tanto doctrinal como jurisprudencial sobre el valor de la ``prueba pericial o policial de inteligencia´´. De nuevo creemos que esto solamente aportaría una mayor complejidad a este tipo de procesos que ya son complejos.

XXI

El contenido de las actas que aporta el agente encubierto puede constituir un medio probatorio documental en el proceso, y esta prueba documental puede ser propuesta por el Ministerio Fiscal o por el Juez competente, deberá ser debidamente practicada y el Juez deberá tenerla en cuenta y valorarla para tomar su decisión sobre la inocencia o culpabilidad de los enjuiciados. Del estudio de la dogmática doctrinal y jurisprudencial concluimos que el medio probatorio documental que constituyen las actas aportadas por el encubierto pueden ser valoradas tanto como una prueba de cargo como de descargo con las que enervar la presunción de inocencia.

XXII

La prueba testifical del agente encubierto tiene dos principales límites: respetar los principios del proceso penal y respetar los derechos y garantías de los acusados. El medio probatorio que constituye en sí mismo el agente encubierto, su testifical, debe respetar los principios del proceso penal así como derechos y garantías de los acusados, de esta forma:

Consideramos que la doble protección que pueden recibir los agentes encubiertos durante las sesiones orales del proceso: conservar su identidad ficticia y que se le aplique la LOPTP limita, afecta y matiza los principios del proceso penal presentes en el juicio oral, sin llegar a violentarlos y por lo tanto respetándolos, en este sentido:

- El principio de legalidad e interdicción de los poderes públicos no se vulnerará por la testifical del encubierto cuando se practique debidamente, lo que quiere decir, incluso, que el agente encubierto deberá prometer o jurar decir la verdad a pesar de que contraste bastante con continuar la ficción manteniendo su identidad ficticia en el plenario.
- El principio de igualdad de armas se ve limitado o matizado en favor a la seguridad del agente encubierto y de la intención de punir del Estado porque, además de

conservar la identidad supuesta al agente encubierto se le puede aplicar la LOPTP y esto hace que en el juicio oral cuente con una identidad ficticia ocultada por un nombre genérico en clave o un código numérico o alfanumérico y que además pueda declarar y someterse al interrogatorio de las partes ocultado su imagen con mamparas, mediante videoconferencia y/o distorsión de voz por ello, consideramos que si se llegase al menos a revelar la identidad supuesta a las partes este principio no sufriría tanto en causas penales con agente encubierto.

- El principio de contradicción será respetado por el agente encubierto siempre que acuda al juicio oral y se someta al interrogatorio de las partes y siempre que no se niegue a contestar u ofrezca contestaciones simples o ambiguas alegando el secreto de la técnica investigadora. Este principio también se ve matizado y limitado por las mismas causas expuestas *supra* porque no se pueden llegar a concretar las preguntas y normalmente en los interrogatorios se busca tratar de adivinar su identidad.
- El principio de inmediación no se ve ni vulnerado ni limitado o matizado con el tribunal que además de conocer tanto la identidad real como la ficticia podrán ver las reacciones que se produzcan en las sesiones plenarias pero sí que se encontrará limitado, mermado para con las partes cuando, en virtud de la aplicación de la LOPTP art. 2, se acuerde imponer barreras visuales durante la práctica de la prueba testifical que nace del agente encubierto, la intervención de las mismas será menos fructífera porque no le verán y no conocen tampoco su identidad ni ficticia ni real.
- El principio de publicidad se ve mermado en favor al buen desarrollo del proceso y la seguridad del agente encubierto cuando la práctica de la testifical del encubierto se realice a puerta cerrada, sin público. Esto puede producirse cuando la organización criminal que se haya investigado sea muy conocida. Esta decisión debe ser motivada por el órgano juzgador pero no se puede recurrir.

Consideramos que las medidas de seguridad que actualmente se le pueden aplicar al agente encubierto en juicio oral, esto es, la posibilidad de mantener su identidad ficticia y además poder aplicarle la LOPTP, apartado segundo del art. 282 BIS, hacen muy complicado articular una defensa firme y centrada. De esta forma, esa doble protección que hoy en día prevé nuestro ordenamiento jurídico para los agentes encubiertos impacta, limita y matiza en demasía el derecho a la defensa de los acusados en dichos procesos penales.

Creemos que en estos procesos es necesario que, a la luz del art. 4.3 LOPTP, al menos se revele la identidad ficticia a las partes para que no se limite y afecte tanto al derecho a la defensa y que el agente encubierto siempre declare mediante videoconferencia, algo que precisamente no se encuentra recogido en la LOPTP creada hace ya treinta años. Para que no se limite tanto el derecho de defensa, en virtud del art. 4.3 LOPTP, al menos se debería revelar la identidad ficticia que utilizó el agente encubierto cuando protagonizó la operación encubierta sin especificar que era justo este testigo protegido el que desempeñó las funciones de agente encubierto. Esto posibilitaría que las defensas formularan motivos de recusación de ese testigo que conocieron, creasen una mejor estrategia, propusieran pruebas de descargo y evitaría que las preguntas del interrogatorio en sala fuesen dirigidas a averiguar su identidad. También creemos necesario cambiar el plazo de cinco días que prevé el art. 4.3 LOPTP, hay que alargarlo porque el mismo no es suficiente para preparar la defensa, además hay que cambiar el momento procesal, que en la actualidad es el escrito de calificación provisional, a otro momento en una fase anterior del proceso.

XXIII

La LECrim en el apartado quinto del 282 BIS prevé una exención de responsabilidad criminal para los agentes encubiertos que consideramos necesaria para que los funcionarios policíacos se animen a protagonizar operaciones encubiertas dada su voluntariedad, pero pensamos que se debería prever en el CP, en su art. 20 y que el art. 282 BIS solo se remita al mismo. Es necesario concretar en el estatuto del agente encubierto o en el reglamento de las operaciones encubiertas qué entiende el legislador por una actuación proporcional y cuándo sería consecuencia necesaria para la investigación. Por otra parte, antes de procesar al agente encubierto el Juez que haya de dilucidar la causa debe solicitar un informe *de quien hubiere autorizado la identidad supuesta* art. 282 BIS apartado quinto, consideramos que la redacción debería cambiar por ``de quien hubiere autorizado actuar bajo identidad supuesta`` o ``de quien hubiere solicitado la actuación bajo identidad supuesta``. También es necesario modificar el final del apartado quinto, el ``resolver lo que a su criterio proceda`` puede dar lugar a arbitrariedad.

XXIV

El agente encubierto informático previsto en el apartado sexto del art. 282 BIS LECrim actualmente es el medio de investigación más eficaz para conseguir desarticular las organizaciones criminales que actúan en internet porque consigue infiltrarse en el entorno en el que se preparan y/o perpetran los ilícitos. Aun así, tras nuestro estudio consideramos necesario agilizar su actuación porque internet funciona más deprisa que el mundo físico. Así, para que no se ralenticen sus operaciones y su actividad siga siendo respetuosa con los principios del proceso penal, los derechos y garantías de los enjuiciados consideramos necesario que en la misma autorización judicial en la que se autorice su actuación también se le autorice a enviar material ilícito por razón de su contenido así como para obtener imágenes y/o grabar conversaciones del canal cerrado. En la gran mayoría de los casos esto será necesario durante el desarrollo de la investigación.

XXV

Italia es un país que lleva preocupado por combatir la delincuencia organizada mucho tiempo, esto se ha ido reflejando en sus normas y por supuesto, en la regulación de instrumentos para combatirla, como ocurrió con el agente encubierto. El legislador italiano ha desarrollado y regulado su actividad de forma más específica que en España. Sin embargo, la investigación bibliográfica-documental realizada revela que aún existen lagunas jurídicas en su regulación legal. La doctrina dogmática y jurisprudencial solicita una reglamentación pública de las actividades encubiertas. También hemos observado que la igualdad procesal no significa que exista un equilibrio perfecto entre las partes pues en los procesos con agente encubierto no se produce en pos a conseguir investigar, juzgar y si es necesario castigar a los culpables de delitos muy graves, al igual que sucede en España.

CONCLUSIONI

I

L'agente sotto copertura è uno strumento di indagine penale di natura personale, contenuto dalla LECrim all'articolo 282 BIS. Si tratta di un funzionario di polizia autorizzato dal Giudice o dal Pubblico Ministero a cui il Ministero dell'Interno fornisce un'identità fittizia per sei mesi, prorogabili per periodi della stessa durata, al fine di poter indagare solo sui reati commessi nell'ambito della criminalità organizzata che sono inclusi nel quarto paragrafo dell'art. 282 BIS. Dobbiamo distinguere tra operazioni sotto copertura e attività di polizia infiltrato; un poliziotto infiltrato non è la stessa cosa di un agente sotto copertura. La differenza principale è che per essere un agente sotto copertura è necessaria un'autorizzazione giudiziaria o del Pubblico Ministero, che rende possibile l'applicazione dell'art. 282 BIS LECrim e, quindi, che l'agente di polizia che svolge l'operazione sotto copertura ha garanzie procedurali e penali diverse da quelle di un agente di polizia infiltrato. Dobbiamo essere chiari sul fatto che l'infiltrazione è una tecnica investigativa sempre utilizzata da agenti sotto copertura che sono a loro volta agenti di polizia infiltrati, ma un agente di polizia infiltrato possa non diventare in un agente sotto copertura, per i motivi sopra citati. La giurisprudenza e la dottrina spagnola continuano a utilizzare i termini agente sotto copertura, polizia infiltrato, operazioni sotto copertura e attività di infiltrazione della polizia in modo intercambiabile, creando confusione per tutti gli operatori del diritto.

II

L'agente sotto copertura è una misura investigativa di natura prevalentemente poliziesca che è stata regolamentata dalla legge molto tardi. È entrata nella LECrim nel 1999 a causa del suo crescente utilizzo dovuto all'aumento dei reati legati al terrorismo, al traffico di stupefacenti e sostanze psicotrope e al reato di riciclaggio di denaro e perché era necessario fornire diritti, garanzie e maggiore sicurezza agli agenti di polizia che decidevano di infiltrarsi. È stato inoltre necessario regolamentare questo strumento di indagine della polizia per garantire che rispetti i principi della procedura penale, i diritti e le garanzie delle persone indagate, in quanto le sue indagini sono molto aggressive e li condizionano e li limitano. La regolamentazione di questa figura ha avuto tre riforme da quando è stata introdotta nel LECrim nel 1999 attraverso l'art. 282 BIS e riteniamo che sia necessario modificarla nuovamente per tutti i motivi sopra esposti e tenendo conto delle proposte contenute nel presente lavoro. Questo perché l'ALECrim offre una

regolamentazione più estesa delle operazioni sotto copertura fisiche e virtuali, includendo aspetti che la dottrina e la giurisprudenza avevano richiesto, ma lasciando ancora una volta fuori dalla nuova LECrim questioni di particolare importanza, come la definizione di cosa si debba intendere per canali di comunicazione chiusi.

III

Le differenze tra le normative sugli agenti sotto copertura nei Paesi europei e in quelli vicini rallentano e limitano lo sviluppo dei procedimenti penali. Inoltre, pregiudicano l'effettivo esercizio dei diritti e delle garanzie delle persone indagate. È vero, quindi, che abbiamo regole che cercano di garantire la cooperazione internazionale in questioni penali come quelle che possono verificarsi quando si utilizza questa figura. Tuttavia, riteniamo che sarebbe ideale avere un regolamento simile almeno nei diversi Stati dell'UE, perché in tutti i casi la legislazione da applicare alle operazioni segrete è quella dello Stato in cui vengono effettuate. Per questo motivo, riteniamo necessaria l'emissione di una direttiva europea che armonizzi le diverse normative offerte dagli Stati in materia di agenti sotto copertura, al fine di specificare un terreno comune e invitare gli Stati a regolamentare in modo più specifico questa misura investigativa, con l'Unione Europea stessa a fissare i minimi.

IV

Lo scopo dell'agente sotto copertura in Spagna è quello di raccogliere prove per alimentare l'indagine penale al fine di punire i gravissimi reati perpetrati nell'ambito della criminalità organizzata, quelli previsti dall'art. 282 BIS paragrafo quarto della LECrim. Nel sistema giuridico spagnolo sono presenti anche altre figure che condividono alcune caratteristiche con l'agente sotto copertura, come i confidenti oppure pentiti, i testimoni anonimi, gli agenti del centro nazionale di intelligence, i whistleblower oppure gli informatori, le consegne controllate. Dopo averli studiati, concludiamo che tutti hanno l'obiettivo di realizzare una ricerca per ottenere prove a sostegno di un processo o di una procedura. D'altra parte, l'agente sotto copertura non condivide lo stesso obiettivo dell'agente del CNI perché, sebbene le operazioni sotto copertura comportino un lavoro di intelligence, l'obiettivo è ottenere indicazioni e prove per cercare di punire i membri di un'organizzazione criminale e non solo per sapere come funziona e per avere informazioni sulle persone coinvolte, sulle relazioni o sul *modus operandi* delle attività oggetto di indagine e senza che ci sia una pendenza. Concludiamo che l'agente sotto copertura è una

misura investigativa penale unica, speciale, eccezionale e che può avere anche due aspetti: può essere una fonte di prova durante l'indagine penale e può essere un mezzo di prova, la prova testimoniale dell'agente sotto copertura nel giudizio dibattimentale.

V

Date le caratteristiche molto particolari di questo strumento di ricerca, dobbiamo sottolineare che è lo Stato stesso ad autorizzare l'inganno dei cittadini per condurre la ricerca. Tutti i cittadini possono aspettarsi che vengano svolte indagini segrete, perché lo Stato si preoccupa della nostra sicurezza. È proprio per questo motivo che lo statuto di un agente sotto copertura deve essere pubblicato, così come esiste uno statuto per il personale del Centro nazionale di intelligence. Riteniamo inoltre necessario istituire un regolamento delle operazioni sotto copertura. Riteniamo necessario rendere pubblici aspetti che l'intera società e tutti i funzionari statali hanno il diritto di conoscere, senza mettere a rischio le operazioni sotto copertura, ma anzi garantendo loro una maggiore sicurezza giuridica, sviluppando nel dettaglio aspetti che non rientrano nella LECrim stessa. Consigliamo al nostro legislatore di crearlo, prendendo come esempio lo statuto del personale del Centro nazionale di intelligence, che regola l'attività degli agenti del CNI senza rivelare informazioni che potrebbero distorcere o mettere in pericolo gli agenti di polizia che decidono di diventare agenti sotto copertura.

VI

È necessario familiarizzare il personale giudiziario e non giudiziario degli organi giudiziari con la figura dell'agente sotto copertura, con la sua presenza e partecipazione al caso, sia nella fase pre-processuale che in quella orale o plenaria. Riteniamo necessario che i Giudici, i Magistrati, i Procuratori, LAJS nonché i funzionari della gestione, del trattamento e dell'assistenza giudiziaria ricevano corsi di formazione per evitare errori procedurali in sede giudiziaria o processuale che potrebbero mettere in pericolo l'agente sotto copertura o la legalità del processo.

VII

Il campo d'azione dell'agente sotto copertura è la criminalità organizzata, che il legislatore ha incluso nell'art. 282 BIS paragrafo quarto LECrim. Riteniamo che sia troppo rischioso che la definizione di criminalità organizzata sia espressa nella stessa

LECrim, perché si tratta di una fenomenologia criminale in continua evoluzione, che porta all'obsolescenza del campo d'azione dell'agente sotto copertura e dell'articolo stesso.

VIII

L'agente sotto copertura è uno strumento di indagine normalmente richiesto dalla polizia giudiziaria al Giudice o al Pubblico Ministero in modo motivato, spiegando gli indizi di criminalità che sono stati ottenuti da precedenti contatti e quando la polizia ritiene che possa limitare o violare uno qualsiasi dei diritti delle persone indagate e/o l'infiltrazione è diventata così profonda da superare i contatti precedenti, di solito viene richiesta l'autorizzazione per l'operazione segreta. Tale richiesta è normalmente accompagnata dal piano dell'operazione sotto copertura effettuata dalla polizia giudiziaria, in cui viene indicato come verrà condotta l'indagine. È diverso per ogni operazione e la sua creazione comporta sforzi di polizia che, a nostro avviso, non dovrebbero essere intrapresi prima che l'operazione sotto copertura sia stata autorizzata dal giudice o dal pubblico ministero, non dovrebbe accompagnare il documento ufficiale con cui la polizia richiede questa misura investigativa, risparmiando così il tempo così necessario in queste operazioni.

IX

La misura di indagine penale che consiste nell'agente sotto copertura può essere autorizzata dal Giudice Istruttore o dal Pubblico Ministero, informandone immediatamente il Giudice, come si evince il primo paragrafo dell'art. 282 BIS, tuttavia, si tratta di una misura investigativa talmente invasiva e pericolosa che la stessa LECrim dovrebbe specificare i budget, la portata, gli effetti su terzi, il contenuto dell'autorizzazione giudiziaria o del pubblico ministero, l'obbligo di collaborazione, il controllo della misura e l'accesso delle parti alle registrazioni fornite dall'agente sotto copertura, come avviene attualmente per l'intercettazione di comunicazioni telefoniche e telematiche nell'art. 588 TER LECrim.

X

L'agente sotto copertura è una misura investigativa penale che può essere eseguita solo dalla polizia giudiziaria, come espressamente indicato nell'art. 282 BIS, primo paragrafo. Questo agente di polizia appartiene solitamente all'unità sotto copertura, che ha una formazione specifica per questo tipo di operazioni. Oltre all'agente sotto copertura,

di solito troviamo anche la squadra investigativa e l'agente di copertura o di collegamento. La squadra investigativa è responsabile della gestione dell'operazione sotto copertura e l'agente di copertura o di collegamento è la persona con cui l'infiltrato ha maggiore fiducia e che segue i progressi della sua indagine. Tutte queste figure sono necessarie per garantire il successo dell'operazione, ma il coinvolgimento di così tante persone comporta dei rischi per le informazioni da trasmettere al processo nel suo complesso, oltre ad aumentare i costi in termini di tempo e denaro di queste indagini. Pertanto, riteniamo che le squadre investigative debbano essere composte da un massimo di tre agenti e che uno di essi debba fungere anche da agente di copertura o di collegamento, in modo da rendere necessario un numero inferiore di agenti di polizia e ridurre il numero di persone a conoscenza dell'operazione sotto copertura.

XI

Affinché un ufficiale di polizia giudiziaria possa agire come agente sotto copertura, oltre all'autorizzazione giudiziaria o del Pubblico Ministero, il Ministero dell'Interno gli fornisce un'identità fittizia. Gli viene anche assegnato un nome in codice generico o un numero in codice, tra l'altro per proteggerlo e consentirgli di partecipare a diversi procedimenti giudiziari collegati o non collegati, simultanei o non collegati. Questi dati sono conservati in un pezzo processuale separato e segreto del caso, alla quale hanno accesso solo il Giudice Istruttore, il Pubblico Ministero, il Giudice che giudica il caso e il LAJ. L'uso dell'identità fittizia, fornita dal Ministero dell'Interno per sei mesi, può essere prorogata illimitatamente per periodi della stessa durata, tutte le volte che è necessario. In questo modo, la LECrim non prevede un limite massimo alla durata dell'attività dell'agente sotto copertura. D'altra parte, quando i sei mesi sono trascorsi e la polizia giudiziaria ha bisogno di richiedere una proroga dell'identità fittizia, deve motivare la sua richiesta con le ragioni che rendono necessaria la prosecuzione dell'operazione sotto copertura affinché il Giudice Istruttore possa considerare di autorizzarla nuovamente, a sua volta il Giudice Istruttore deve richiedere la proroga dell'identità presunta al Ministero dell'Interno, tutto questo richiede tempo. Durante questo periodo, senza autorizzazione giudiziaria, l'agente di polizia può continuare ad agire come agente di polizia sotto copertura senza l'applicazione dell'art. 282 BIS LECrim, senza la copertura legale di cui godono gli agenti sotto copertura e con i diritti e le garanzie di qualsiasi altro agente di polizia. Se il pericolo è eccessivo, si può scegliere di allontanare l'agente di polizia fino all'ottenimento della proroga. Pensiamo la soluzione

migliore sarebbe quella di richiedere la proroga prima della scadenza dei sei mesi e che il Giudice Istruttore autorizzi sia la proroga dell'attività sotto copertura sia la proroga dell'uso dell'identità fittizia fornita dal Ministero dell'Interno.

XII

Attualmente, l'agente sotto copertura può indagare solo sui reati inclusi nell'elenco *numerus clausus* dell'art. 282 BIS LECrim, paragrafo 4, che vengono preparati o perpetrati da tre o più persone associate in modo permanente o ripetuto, ossia nell'ambito della criminalità organizzata paragrafo quarto dell'art. 282 BIS LECrim, pertanto il Giudice o il Procuratore non può autorizzare la diligenza investigativa che costituisce l'agente sotto copertura a indagare su reati che vengono preparati o perpetrati da una persona, da due persone o anche da tre o più persone che non sono associate in modo permanente o ripetuto, né a indagare su reati che non rientrano nel suddetto elenco. Ciò limita fortemente l'ambito di applicazione di questo strumento di ricerca e non viene sfruttato uno strumento molto efficace. Noi sosteniamo che l'agente sotto copertura debba poter indagare su reati gravi anche se non commessi nell'ambito della criminalità organizzata e anche se non compresi nel elenco *numerus clausus* dei reati previsti dall'art. 282 BIS LECrim paragrafo quarto, che invitiamo il legislatore a eliminare dagli articoli di questa figura.

XIII

L'agente sotto copertura deve informare la persona che ha autorizzato l'indagine il prima possibile e in modo completo delle informazioni ottenute nel corso dell'indagine. Alla luce della dottrina dogmatica e giurisprudenziale analizzata, queste informazioni si concretizzano solitamente in quelli che conosciamo come "actas" verbali, rapporti, ovvero i resoconti, normalmente scritti, dell'attività svolta dall'infiltrato. I rapporti possono essere creati dallo stesso agente sotto copertura, dall'agente di copertura oppure di collegamento, dalla squadra investigativa o dall'unità sotto copertura della polizia giudiziaria, a seconda dell'operazione sotto copertura. In genere, l'agente sotto copertura crea questi rapporti, li fornisce all'agente di copertura oppure di collegamento, l'agente di copertura o di collegamento li invia alla squadra investigativa e la squadra investigativa li invia all'unità sotto copertura della polizia giudiziaria, assicurandosi che non venga rivelata la vera identità dell'agente sotto copertura, né alcuna informazione che possa rivelare la vera identità dell'agente sotto copertura. Si genera una catena molto lunga che, a nostro avviso,

rallenta l'indagine senza rispettare realmente la brevità richiesta dall'articolo. Riteniamo che sia opportuno che tutte le informazioni raggiungano la persona che ha autorizzato l'attività di copertura, sia essa il Giudice o il Pubblico Ministero, e che il Giudice o il Pubblico Ministero siano incaricati di filtrare e dividere le informazioni e di decidere se includerle nei tasselli, pezzi del processo penale. Sebbene l'articolo stabilisca che le informazioni devono essere fornite nella loro interezza, nella pratica ciò non avviene, come sostengono sia la dottrina che la giurisprudenza⁸⁷⁹ in alcuni casi possiamo trovare nei rapporti solo le informazioni ritenute rilevanti per l'indagine. Infine, riteniamo necessario che il legislatore specifichi la forma processuale che il verbale, rapporti devono assumere, la sua natura riservata o segreta, il momento esatto in cui deve essere inserito nel processo perché normalmente ha un contenuto incriminante e quindi deve essere conosciuto dalla difesa in modo da non ledere il diritto di difesa.

XIV

L'agente sotto copertura deve affrontare grandi pericoli durante la sua infiltrazione nell'organizzazione criminale, il rischio più temuto è che gli indagati scoprano la sua vera identità. Nostro sistema giuridico prevede precauzioni procedurali per evitare che ciò accada, come il possesso di un'identità fittizia o l'applicazione della LOPTP analizzata nel terzo capitolo. Vorremmo anche proporre altre da applicare durante le indagini:

- Che venga creato un meccanismo di allerta sicuro nel caso in cui l'agente sotto copertura venga arrestato durante l'operazione sotto copertura in un distretto giudiziario diverso da quello in cui si svolge il processo o prima che il pubblico ministero che lo ha autorizzato abbia informato il giudice, in modo che gli altri organi giudiziari siano a conoscenza del fatto che l'agente è sotto copertura.
- Che l'agente sotto copertura sia informato in anticipo della revoca del segreto istruttorio e quindi il pezzo processuale principale sarà messa a disposizione delle parti e se è stato deciso di mettere a disposizione delle parti il pezzo processuale riservata sull'indagine dell'agente sotto copertura in cui compare il suo nome fittizio o il nome in codice generico o il codice numerico.

⁸⁷⁹ DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, op. cit... pp. 53 y 63 y STS 503/2021, de 10 de junio, la STS 171/2019, de 28 de marzo.

- Che si eviti la presenza dell'agente sotto copertura nel tribunale istruzione, anche quando si pensa che sia stato corrotto, e che si faccia sempre la sua dichiarazione al Giudice Istruttore in videoconferenza.

XV

L'agente sotto copertura come misura investigativa ha due limiti principali, il primo dei quali è la provocazione criminale. La giurisprudenza internazionale, sia americana che europea (TEDH), ha precisato cosa si debba intendere per provocazione criminale, analizzando sempre il comportamento dell'agente sotto copertura e degli indagati. Anche il TS lo ha analizzato, stabilendo tre condizioni che devono sempre essere soddisfatte per essere considerate un reato provocato: un elemento soggettivo, costituito dall'istigazione ingannevole dell'agente a commettere il reato a chi non è determinato a commetterlo, un elemento oggettivo, costituito dall'arresto del soggetto provocato che commette il reato indotto, e l'elemento materiale, che consiste nell'assenza di qualsiasi rischio per il bene giuridico protetto. Riteniamo che tutti gli agenti di polizia che decidono di diventare agenti sotto copertura debbano esserne informati, e che nella loro formazione debbano essere istruiti sulla provocazione criminale per sapere come evitarla.

XVI

Il secondo grande limite per l'agente sotto copertura è il rispetto dei principi della procedura penale e dei diritti e delle garanzie delle persone indagate. Garantire che le loro azioni siano rispettose dei principi del processo penale, nonché dei diritti e delle garanzie delle persone indagate, poiché l'agente sotto copertura, come stabilito dalla LECrim, mira a raccogliere prove agendo nel modo più innocuo possibile.

A seguito della nostra analisi dei principi di procedura penale, concludiamo che rispetta il principio di legalità perché è regolato dall'art. 282 BIS LECrim e persegue uno scopo legittimo in cui i cittadini devono tollerare alcune intrusioni nei nostri diritti per scoprire i reati. Rispetta il principio di proporzionalità, poiché la decisione giudiziaria o del Pubblico Ministero che autorizza l'uso di un agente sotto copertura deve indicare le ragioni e specificare i reati da indagare attraverso l'uso di un agente sotto copertura nelle indagini spiegando che si tratta di una misura proporzionata, appropriata e necessaria perché gli stessi risultati non potrebbero essere raggiunti con una misura investigativa diversa. Nel corso delle sue azioni, l'agente deve compiere azioni che ritiene proporzionate alla realtà che sta vivendo. Pertanto, sebbene l'art. 282 BIS LECrim

legittimi l'agente sotto copertura a partecipare a tutti i traffici legali e sociali, riteniamo che, per non violare questo principio, l'agente sotto copertura debba svolgere solo le attività e gli affari legali necessari a preservare la sua sicurezza e la sua vita fittizia. L'atto investigativo dell'agente sotto copertura rispetta il principio di pubblicità nel procedimento penale, ma lo qualifica oppure limita perché la sua vera identità non sarà mai rivelata alle parti durante le indagini, il processo orale o la fase di esecuzione. Anche il principio di pubblicità è attenuato o limitato perché il momento in cui le parti conosceranno le informazioni ottenute durante le indagini e rilevanti per il processo è normalmente ritardato, ma il Giudice Istruttore può sempre rivelare le misure che ritiene opportune e che non mettono a rischio le indagini o l'agente sotto copertura, come gli arresti effettuati e altre misure cautelari che ha autorizzato. Infine, crediamo che questa misura investigativa rispetti il principio di ricerca della verità materiale e non reale perché se l'agente agisce secondo diritto le sue indagini riveleranno la verità di quanto è accaduto.

XVII

L'uso di questa misura indagine deve rispettare dei diritti e delle garanzie delle persone indagate. Dopo averli analizzati, concludiamo che l'agente sotto copertura nelle sue interazioni con le persone indagate deve rispettare il diritto alla privacy art. 18.1 CE, il diritto alla protezione dei dati art. 18.2 e 4 CE e il diritto all'autodeterminazione informativa e al libero sviluppo della personalità art. 18.4 CE. E questo si ottiene attualmente grazie all'autorizzazione giudiziaria che questo agente di polizia deve avere, in primo luogo, per agire come agente sotto copertura e, in secondo luogo, ottenendo l'autorizzazione giudiziaria prevista dal terzo paragrafo dell'art. 282 BIS LECrim. Tuttavia, vi sono ancora questioni poco chiare, come l'accesso e la divulgazione delle comunicazioni tra avvocato e cliente, le informazioni contenute nelle cartelle cliniche delle persone indagate, le comunicazioni tra le persone indagate e un'autorità religiosa. Tali informazioni possono essere rilevanti per i procedimenti penali, ma sono particolarmente protette dal nostro sistema giuridico.

- Deve rispettare il diritto all'inviolabilità del domicilio art. 18.2 CE e questo si ottiene attualmente ottenendo tre diverse autorizzazioni giudiziarie: l'autorizzazione a essere un agente sotto copertura in virtù dell'art. 282 BIS primo paragrafo, l'autorizzazione a non violare un diritto fondamentale che in questo caso è l'inviolabilità del domicilio art. 282 BIS terzo paragrafo e un'altra autorizzazione giudiziaria se l'agente sotto

copertura intende ottenere immagini e/o registrare conversazioni che si svolgono all'interno del domicilio della persona indagata art. 282 BIS paragrafo sette.

Riteniamo che ci siano troppe formalità e troppe autorizzazioni giudiziarie e, insomma, troppo tempo, soprattutto quando in molte occasioni è lo stesso proprietario chi invita l'agente sotto copertura a entrare, pensando di essere chi dice di essere e perché l'agente sotto copertura non ha intenzione di procedere al registro domiciliario. Riteniamo che la stessa autorizzazione giudiziaria o del Pubblico Ministero debba autorizzare l'agente sotto copertura a entrare negli indirizzi degli indagati o nella sede dell'organizzazione criminale.

- Deve rispettare la segretezza delle comunicazioni, art. 18.3 CE. Distinguere tra: Comunicazioni a cui partecipa l'agente sotto copertura (sempre con la sua presunta identità) in cui lo studio della giurisprudenza dimostra che per rispettare la segretezza delle comunicazioni a cui partecipa l'agente sotto copertura è sufficiente aver ottenuto la prima autorizzazione a essere un agente sotto copertura e che tale diritto non viene violato senza essere stati precedentemente autorizzati a registrare conversazioni con una persona indagata perché uno dei partecipanti è l'agente sotto copertura sotto la finzione di un'altra identità nota alle persone indagate.⁸⁸⁰ E le comunicazioni in cui l'agente sotto copertura non è parte, in cui, per rispettare questo diritto, l'agente sotto copertura deve richiedere le autorizzazioni giudiziarie previste dai paragrafi 3 e 7 del 282 BIS LECrim. Inoltre, riteniamo che l'art. 282 BIS debba prevedere che, quando la squadra investigativa o l'unità di agenti sotto copertura intende collocare dispositivi di ascolto e/o di registrazione di immagini e suoni sulle persone sottoposte a indagine, debba essere richiesta anche l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, così come quando tali dispositivi sono collocati sull'agente sotto copertura stesso, e che ciò debba essere comunicato all'agente.
- L'agente sotto copertura, durante le sue indagini, deve anche rispettare il diritto di non testimoniare contro se stesso e di non confessare la propria colpevolezza, art. 24.2 CE, e il diritto alla presunzione di innocenza, art. 24 CE, e questo finché ha l'autorizzazione giudiziaria a essere un agente sotto copertura e cerca di mantenere una posizione passiva e innocua nelle conversazioni che ha con le persone sotto indagine ciò significa che l'agente sotto copertura non faccia domande inquisitorie e dirette o indirizza la conversazione verso i fini che vuole conoscere, ma che le stesse

⁸⁸⁰ STS 2081/2001, de 9 de novembre e più recente, STS 171/2019, de 28 di marzo.

persone indagate, data la fiducia che hanno con l'agente sotto copertura, rilasciano liberamente dichiarazioni del tutto volontarie e spontanee sugli aspetti che desiderano conoscere. Riteniamo che sia molto importante sottolineare questo aspetto nella formazione che ricevono gli agenti di polizia, poiché le confessioni non possono essere provocate. Inoltre, per creare una maggiore certezza giuridica, riteniamo che se le persone indagate rilasciano dichiarazioni incriminanti, l'agente sotto copertura dovrebbe specificare in quale contesto e in quali circostanze si trovavano, se erano alienate, malate, ecc. da tenere in considerazione da parte del giudice.

- Infine, l'atto investigativo dell'agente sotto copertura deve rispettare il diritto alla difesa di cui all'art. 24 CE e ciò si ottiene con l'azione diligente dell'agente sotto copertura e mettendo a disposizione delle parti, in particolare della difesa, tutte le informazioni che hanno contribuito alla preparazione della fase orale del procedimento penale, cioè il contenuto della prova principale e di quella riservata da parte del Giudice Istruttore, facendo sempre attenzione a non rivelare la reale identità della persona sotto copertura e senza fornire informazioni che possano essere intuite. La trasmissione di queste informazioni alle parti in un processo con un agente sotto copertura è di solito più ritardata. Tutto questo potrebbe essere chiarito con un'espressa regolamentazione legale delle registrazioni dell'agente sotto copertura nella LECrim stessa.

XVIII

L'agente sotto copertura è anche una fonte di prove perché può andare al processo orale per testimoniare, confermare il contenuto dei suoi verbali e sottoporsi all'interrogatorio delle parti, costituendo un mezzo probatorio: la prova testimoniale dell'agente sotto copertura. Affinché ciò avvenga con la dovuta sicurezza, l'art. 282 BIS LECrim prevede che essa possa continuare ad utilizzare la sua identità fittizia e che le si possa applicare la LOPTP a condizione che ciò sia deciso in modo motivato dall'autorità giudiziaria. Costituisce l'unica eccezione al rispetto del suo art. 4.3 della LOPTP perché l'identità reale dell'agente sotto copertura non sarà mai rivelata. Così il polizista potrà contare su una doppia protezione: quella di qualsiasi altro testimone protetto in Spagna e continuare a portare la sua identità fittizia. Per questo è un testimone speciale e protetto. Si ritiene pertanto che l'agente sotto copertura non possa far valere motivi di insicurezza per non partecipare al processo orale. Speriamo che in una causa con un agente sotto copertura tutte le misure di sicurezza previste saranno attuate correttamente, perché

l'applicazione della vecchia LOPTP è ben lungi dall'offrire la protezione di cui i testimoni hanno bisogno.

XIX

Ancora oggi esiste un dibattito dottrinale sul valore della prova testimoniale emessa dall'agente sotto copertura, sul suo peso probatorio: se si tratta di prove incriminanti che da sole possono confutare la presunzione di innocenza o se si tratta di testimonianze altamente qualificate che richiedono altri dati, indicazioni e/o prove per superare la presunzione di innocenza degli imputati, è un dibattito dottrinale irrisolto e permangono e continueranno ad esistere opinioni contrastanti. La giurisprudenza su questo tema non è stata pacifica. Quello che abbiamo osservato è che la prova testimoniale dell'agente sotto copertura da sola è una prova contro l'imputato abbastanza e può servire a confutare la presunzione di innocenza, ma delle sentenze consultate non si basano mai esclusivamente o unicamente sulla testimonianza dell'agente sotto copertura per fondare la condanna, perché è normale che nel caso siano state utilizzate altre prove che corroborano e rafforzano la testimonianza dell'agente sotto copertura e che il giudice ha valutato e lo hanno convinto della colpevolezza dell'imputato. Nella maggior parte dei casi queste altre prove sono state introdotte nel procedimento dall'infiltrato quando era un mezzo di indagine nelle indagini preliminari.

XX

Non riteniamo opportuno qualificare e valutare le prove derivanti dall'agente sotto copertura come ``prove di intelligence di esperti o di polizia'', almeno non in tutti i casi. Questo perché non tutti i documenti presentati al procedimento possono essere equiparati a rapporti di esperti o di intelligence della polizia, in quanto non tutti i documenti includono studi empirici o sono di natura scientifica. D'altra parte, la testimonianza dell'agente sotto copertura non è paragonabile a quella di un esperto perché, nonostante il fatto che, alla luce della sua infiltrazione, abbia una conoscenza speciale e profonda della realtà su cui sta indagando, i reati commessi dall'organizzazione criminale e le dichiarazioni dell'agente sotto copertura possono essere compresi da qualsiasi giurista, ovviamente dall'organo giudicante del caso e, se le registrazioni non sono di natura empirica e puramente scientifica, l'organo giudicante può anche comprenderle da solo senza la necessità che l'agente sotto copertura, in qualità di esperto, fornisca una spiegazione senza la quale il loro contenuto non sarebbe compreso dal tribunale. Se si

dovesse stabilire che le prove che emergono dall'agente sotto copertura sono prove peritali o di intelligence della polizia, il loro valore probatorio dovrebbe essere pari a quello che hanno di solito le prove peritali e dovrebbe quindi avere più forza nel convincimento del giudice, piuttosto che le prove testimoniali o documentali, ma c'è molto dibattito in dottrina e giurisprudenza sul valore delle ``prove di intelligence di esperti o di polizia''. Di nuovo riteniamo che ciò non farebbe altro che aumentare la complessità di questi processi già di per sé complessi.

XXI

Il contenuto dei verbali, i rapporti, forniscono dall'agente sotto copertura può costituire una prova documentale nel procedimento, e questa prova documentale può essere proposta dal Pubblico Ministero o dal Giudice competente, deve essere debitamente praticata e il Giudice deve tenerne conto e valutarla per prendere la sua decisione sull'innocenza o la colpevolezza dell'imputato. Dallo studio della dogmatica dottrinale e giurisprudenziale, concludiamo che la prova documentale costituita dai verbali forniti dall'agente sotto copertura può essere valutata sia come prova per l'accusa che come prova per la difesa, con la quale può essere confutata la presunzione di innocenza.

XXII

La prova testimoniale dell'agente sotto copertura ha due limiti principali: il rispetto dei principi della procedura penale e il rispetto dei diritti e delle garanzie dell'imputato. Il mezzo di prova che l'agente sotto copertura costituisce di per sé, cioè la sua prova testimoniale, deve rispettare i principi del processo penale anche i diritti e le garanzie dell'accusato e quindi:

La doppia protezione che gli agenti sotto copertura possono ricevere durante le sessioni orali del processo: preservare la loro identità fittizia e vedersi applicare la LOPTP limita, condiziona e qualifica i principi di procedura penale presenti nel processo orale, senza violarli e quindi rispettarli, in questo senso:

- Il principio di legalità e di interdizione dei pubblici poteri non sarà violato dalla testimonianza dell'agente sotto copertura quando è debitamente resa, il che significa addirittura che l'agente sotto copertura deve promettere o giurare di dire la verità,

anche se è sufficiente continuare la finzione mantenendo la sua identità fittizia nella fase del processo orale.

- Il principio della parità delle armi si qualifica a favore della sicurezza dell'agente sotto copertura e dell'intenzione dello Stato di punire quando, oltre a mantenere la presunta identità dell'agente sotto copertura, le si può applicare la LOPTP e questo significa che nel processo orale ha un'identità fittizia celata da un nome in codice generico o da un codice numerico e che può anche testimoniare e sottoporsi all'interrogatorio delle parti, celando la sua immagine con schermi, attraverso la videoconferenza e/o la distorsione vocale, quindi, riteniamo che se la presunta identità fosse almeno rivelata alle parti, questo principio non ne risentirebbe più di tanto nei casi penali con agenti sotto copertura.
- Il principio del contraddittorio sarà rispettato dall'agente sotto copertura, purché partecipi al processo orale e si sottoponga all'interrogatorio delle parti e non si rifiuti di rispondere o dia risposte semplici o ambigue a causa della segretezza della tecnica investigativa. Anche questo principio è qualificato per le stesse ragioni di cui sopra, in quanto non è possibile specificare le domande e normalmente gli interrogatori sono finalizzati a cercare di indovinare la loro identità.
- Il principio dell'immediatezza non si limita al giudice che, oltre a conoscere sia l'identità reale che quella fittizia, potrà vedere le reazioni che si verificano in tribunale, ma viene meno, si limita nei confronti delle parti quando, in virtù dell'applicazione dell'art. 2 della LOPTP, si concorda di imporre barriere visive durante l'assunzione della prova testimoniale che scaturisce dall'agente sotto copertura, il loro intervento sarà meno proficuo perché non conoscono nemmeno la sua identità.
- Il principio della pubblicità è compromesso a favore del regolare svolgimento del procedimento e della sicurezza dell'agente sotto copertura quando la testimonianza dell'agente sotto copertura viene resa a porte chiuse, senza la presenza del pubblico. Ciò può accadere quando l'organizzazione criminale indagata è ben nota. Questa decisione deve essere motivata dall'organo giudicante, ma non è appellabile.

Riteniamo che le misure di sicurezza che attualmente possono essere applicate all'agente sotto copertura durante le sessioni orali ossia la possibilità di mantenere la loro identità fittizia e di poter applicare la LOPTP, secondo paragrafo dell'art. 282 BIS, rendano molto difficile articolare una difesa solida e mirata. In questo modo, la doppia tutela che il nostro ordinamento giuridico attualmente prevede per gli agenti sotto

copertura incide, limita e qualifica eccessivamente il diritto alla difesa dell'imputato in questi procedimenti penali.

Riteniamo che in questo procedimento sia necessario che, alla luce dell'art. 4.3 LOPTP, almeno l'identità fittizia venga rivelata alle parti, in modo da non limitare e pregiudicare il diritto alla difesa, e che l'agente sotto copertura testimoni sempre in videoconferenza, cosa che non è prevista dalla LOPTP creata trent'anni fa. Per non limitare troppo il diritto alla difesa, in virtù dell'art. 4.3 LOPTP, dovrebbe essere rivelata almeno l'identità fittizia utilizzata dall'agente sotto copertura durante l'operazione, senza specificare che è stato proprio questo testimone protetto a svolgere le funzioni dell'agente sotto copertura. Ciò consentirebbe alla difesa di formulare motivi di ritorsione di questo testimone a lei noto, di creare una migliore strategia, di proporre testimoni a proprio favore e di evitare che le domande del controinterrogatorio siano dirette a scoprire l'identità del testimone. Riteniamo inoltre che sia necessario modificare il termine di cinque giorni previsto dall'art. 4.3 LOPTP, che deve essere esteso perché non è sufficiente per preparare la difesa, e che anche il momento procedurale, che attualmente è il documento di qualificazione provvisorio, debba essere modificato in un altro momento in una fase precedente del processo.

XXIII

La LECrim nel paragrafo quinto dell'articolo 282 BIS prevede un'esenzione dalla responsabilità penale per gli agenti sotto copertura, che riteniamo necessaria perché gli agenti di polizia siano incoraggiati a svolgere operazioni sotto copertura data la loro natura volontaria, ma riteniamo che ciò debba essere previsto nel CP, all'articolo 20, e che l'articolo 282 BIS debba solo farvi riferimento. È necessario specificare nello statuto dell'agente sotto copertura oppure nel regolamento sulle operazioni sotto copertura cosa il legislatore intenda per azione proporzionale e quando questa sia una conseguenza necessaria per l'indagine. D'altra parte, prima di perseguire l'agente sotto copertura, il Giudice incaricato del caso deve richiedere una relazione *alla persona che ha autorizzato l'identità presunta*, art. 282 BIS quinto paragrafo, riteniamo che la formulazione dovrebbe essere modificata in ``dalla persona che ha autorizzato ad agire sotto identità presunta`` o ``dalla persona che ha richiesto l'azione sotto identità presunta``. È inoltre necessario modificare la fine del quinto paragrafo, poiché il ``decidere come ritiene opportuno`` può portare all'arbitrarietà.

XXIV

L'agente informatico sotto copertura previsto dal paragrafo sesto dell'art. 282 BIS LECrim è attualmente il mezzo di indagine più efficace per smantellare le organizzazioni criminali che operano su Internet, perché riesce a infiltrarsi nell'ambiente in cui i reati vengono preparati e/o perpetrati. Anche se, dopo il nostro studio, riteniamo necessario accelerare le loro azioni perché internet funziona più velocemente del mondo fisico, affinché le loro operazioni non siano rallentate e la loro attività continui a rispettare i principi della procedura penale e i diritti, le garanzie degli imputati, riteniamo necessario che la stessa autorizzazione giudiziaria che autorizza le loro azioni autorizzi anche l'invio di materiale illecito per il suo contenuto e l'acquisizione di immagini e/o la registrazione di conversazioni dal canale chiuso. Nella maggior parte dei casi ciò sarà necessario nel corso della ricerca.

XXV

L'Italia è un Paese che si preoccupa da molto tempo di lotta alla criminalità organizzata, e questo si riflette nelle sue norme e, naturalmente, nella regolamentazione degli strumenti di contrasto, come nel caso dell'agente sotto copertura. Il legislatore italiano ha sviluppato e regolamentato la loro attività in modo più specifico rispetto alla Spagna. Tuttavia, la ricerca bibliografica-documentaria effettuata rivela che esistono ancora delle lacune nella sua regolamentazione giuridica. La dottrina dogmatica e giurisprudenziale richiede una regolamentazione pubblica delle attività sotto copertura. Abbiamo anche osservato che l'uguaglianza procedurale non significa che vi sia un perfetto equilibrio tra le parti, poiché nei processi sotto copertura ciò non avviene per indagare, giudicare e, se necessario, punire i colpevoli di reati molto gravi, come avviene in Spagna.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AITALA, R., ``Fenomenologia dei poteri mafiosi'', en *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, numero 10, 2013, pp. 1-20.

ALVES MEREIS, M. A., *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999.

ALBERTI, V.V., *Pane sporco, Combattere la corruzione e la mafia con la cultura*, ed. Rizzoli, Milano, 2018.

ALCOLADO CHICO, M^a T., ``La evolución hacia la moderna funcionalidad del “agente encubierto”: incidencia de las nuevas reglas de la ley de enjuiciamiento criminal’’ en *Revista jurídica de Asturias*, número 39, 2016, pp. 7-32.

ALCOLADO CHICO, M^a T., ``La cobertura legal a un procedimiento en el marco del derecho penal internacional: la «entrega vigilada»’’ en *Revista jurídica de Asturias*, número 37, 2014, pp. 57-96.

ALFONSO RODRÍGUEZ, O., *La ineficacia probatoria del testimonio secreto*, ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1996.

ALONSO PASCUAL R., ``Estudio comparativo de los procesos de cese de la violencia en País Vasco (ETA) e Irlanda del Norte (IRA)’’ en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, número 16, 2014, pp. 1-29.

ALONSO PÉREZ, F., *Introducción al Estudio de la Criminología*, ed. REUS, S.A., Madrid, 1999.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., ``El Derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal. Ponencia presentada en el curso de formación de Jueces y Magistrados 2007’’, en *Revista jurídica de Navarra*, número 43, 2007, pp. 183-210.

AMATO, G.C., *Le specifiche attività di polizia giudiziaria, in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Coord. Caputo, A., Fidelbo, G., Torino, 2012.

ANTONIO GÓMEZ, J., ``Europa protege a los denunciantes de corrupción mientras España los machaca’’ en *El Diario 16*, publicado el 26 de noviembre de 2018. Edición virtual <https://diario16plus.com/europa-protege-los-denunciantes-corrupcion-espana-los-machaca/>

ARANGÜENA FANEGO, C., ``Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza'' en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Dir. González Cano, M^a I., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 297-326.

ASENCIO MELLADO, J.M., ``El proceso penal con todas las garantías'' en *Iuris et veritas*, número 33, 2006, pp. 235-247.

BALSAMO, A., ``Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea'', in *Cassazione penale*, numero 12, 2006, pp. 3007- 3015.

BALSAMO, A., ``Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo'', in *Cassazione Penale*, numero 6, 2008, pp. 2641- 2656.

BARBAGALLO, F., *Storia della Camorra*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2010.

BARONA VILAR, S., ``Garantías y derechos de los detenidos'', en *Manuales de formación continuada*, número 22, 2004, pp. 51-100.

BARONA VILAR, S., ``Entrada y registro en lugar cerrado (un análisis de la diligencia desde el prisma jurisprudencial y constitucional)'', en *Cuadernos de política criminal*, número 56, 1995, pp. 571-589.

BARROCU, G., *Le indagini sotto copertura*, Tesi di Dottorato, Tutor e Relatore Marchetti, M.R., Università degli Studi di Trieste, XXI ciclo.

BARROCU, G., *Le indagini sotto copertura*, ed. Jovene, Napoli, 2011.

BELLAGAMBA, F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, ed. Giuffrè, Milano, 2007.

BELLARDINI, M., ``Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore'' in *Giurisprudenza italiana*, numero 12, 1999, pp. 140-160.

BERTRAN Y MUSITUA, J., *Experiencias de los Servicios de Información del Nordeste de España (SIFNE). Una teoría, una técnica y una escuela sobre información general*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1940.

BLACK, H. C., *Black's Law dictionary*, ed. West Publishing Company, Minnesota, 1968.

BILLINGSLEY, R., NEMITZ, T., y BEAN, P., *Informers: policing, policy, practice*, ed. Willian, Oregón, 2001.

BOCCHINO, M.C., ``Il Servizio centrale operativi della Polizia di Stato (SCO)´´, en *Enciclopedia delle mafie*, vol. III - *Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, Dir. Iadeluca, F., Roma, 2016, pp. 259-285.

BONILLA GARCÍA, J.V., ``Los agentes encubiertos y la gestión de confidentes e informadores´´ en *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, Dirs. Giménez-Salinas Framis, A., González Álvarez, J.L., ed. Lid, Madrid, 2016, pp. 197-209.

BUENO DE MATA, F., ``Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?´´ en *El proceso penal en la sociedad de la información. Nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, coord. Pérez Gil, J., ed. LA LEY, Madrid, 2012, pp. 311-330.

BUSCAGLIA, E., GONZÁLEZ RUIZ, S., FUMARULO, S., PRIETO PALMA, C., ``Delincuencia Organizada y Terrorismo. Su combate a través de la Convención de Palermo´´ en *Revista Universitaria de la Universidad Católica de Chile Delincuencia Organizada y corrupción*, número 1, 2003, pp. 1-10.

CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ed. Iustel, Madrid, 2004.

CAJIAO, A., GONZÁLEZ, P., PARDO, D., y ZAPATA, O., *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*, ed., Fundación ideas para la Paz, Real Instituto Elcano, Madrid, 2018.

CALAZA LÓPEZ, S., ``El juicio oral´´, en *Derecho Procesal Penal*, Dirs. Gimeno Sendra, V., Díaz Martínez, M., Calaza López, S., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 461-492.

CAPRIOLI, F., *Colloqui riservati e prova penale*, ed. Giappichelli, Torino, 2000.

CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, tesis doctoral, Dir. Rodríguez García, N., Universidad de Salamanca, 2012.

CARMONA SALGADO, C., ``La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico´´, en *Estudios*

jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines. Coord. Morillas Cueva, L., ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 165-192.

CARLOS FONSECA, J., ``Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à criminalidade organizada. Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste'', en *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coords. Costa Andrade, M., Faria Costa, J., Miranda Rodrigues, A., y João Antunes, M., ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 130-157.

CARO CATALÁN, J., ``La Directiva "Whistleblowing": Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español.'' en *Revista de Direito Processual Penal*, número 3, 2021, pp. 2155-2199.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., ``Investigación policial y recuperación de activos procedentes de la corrupción y el crimen organizado'', en *Recuperación de activos y decomisos. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Dir. Berdugo Gómez de la Torre, I., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 35-61.

CASTELLVÍ MONSERRAT, C., ``El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado'', tesis doctoral, Dir. Queralt Jiménez, J., J, Universidad de Barcelona, 2019.

CATERINI, M., ROCCA, M., ``L'agente sotto copertura al limite della provocazione'' en *ORDINES*, número 1, 2022, pp. 164-192.

CICONTE, E., *Storia Criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, ed. Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

CÓRDOBA MORENO, S., *LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU PREVENCIÓN. Especial referencia a las pandillas latinoamericanas de tipo violento*, tesis doctoral, Dir. Zúñiga Rodríguez, L.C., Universidad Salamanca, 2015.

CORTIJO FERNÁNDEZ, B., ``La investigación de los delitos tecnológicos'', en *Dirección y gestión de seguridad (DYGSEG)*, Coord. Sánchez Díez, I. E., Antón Prieto, J.I., García Alfaraz, I., Pérez Álvarez, F., ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, pp. 589-614.

CORRÊA DE CARVALHO, J. T., *Tráfico de drogas: Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, ed. Juruá, Portugal, 2009.

COTTI, G., ``Operazioni sotto copertura e garanzie procedimentali'', *Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale*, Dir. Orlandi, R., Università di Bologna, 2018.

CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, ed. Civitas Pamplona, 2009.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., ``¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos'' en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, número 1, 2013, pp. 149-176.

DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M. Á., *La prueba ilícita penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

DELLA MONICA, G., ``Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione'' en *Quaderni del C.S.M.*, número 61, 1993, pp. 258-278.

DELL'ANDRO, R., ``Agente provocatore'', *Enciclopedia del Diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1958.

DEL CARPIO DELGADO, J., ``Los testigos anónimos en la jurisprudencia del TEDH y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc'', en *Revista Penal*, número 19, 2007, pp. 35-51.

DEL CERRO ESTEBAN, ``El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada'' en *Estudios Jurídicos*, número 2004, 2004, pp. 1327-1383.

DELGADO MARTÍN, J., *La Criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 23 de febrero, de modificación de la Ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves*, ed. Bosch, Barcelona, 2001.

DELGADO MARTÍN, J., *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, ed. Bosch, Barcelona, 2017.

DE LA CORTE, L., GIMÉNEZ-SALINAS, A., ``Crimen.org'', ed. Ariel, Barcelona, 2010.

DE LA TORRE GARCÍA, C., ``20 cuestiones prácticas sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción'' en *Capital Humano*, número 384, 2023, pp. 1-8.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., ``Impacto laboral de la ley de secretos empresariales'', en *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Dir. De la Puebla Pinilla, A., y Mercader Uguina, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 497-536.

DEL POZO PÉREZ, M., ``El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española'', en *Criterio Jurídico*, número 6, 2006, pp. 267-310.

DI BUGNO, C., ``Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998'', en *Legge Penale*, 1999, pp. 144-166.

DOLZ LAGO, M. J., ``Reflexiones sobre la prueba oficial-científica (a propósito del valor probatorio de los informes periciales emitidos por laboratorios oficiales)'', en *La Ley Penal*, número 65, 2009, pp. 2-20.

DOVIZIO, C., ``Estado, criminalidad y cambio político, entre Italia y Latinoamérica'', en *Tiempo devorado. Revista de Historia Actual*, número 1, 2015, pp. 96-105.

ESTARELLAS Y LÓPEZ, J.C., ``El agente encubierto contra el crimen organizado'' en *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Coord. Magaz Álvarez, R., ed. Instituto Universitario general Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid, 2012, pp. 323-351.

ESTEBAN NAVARRO, M. A., ``Glosario de Inteligencia'', ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2008.

FALCONE, A., *L'agente sotto copertura: profili sostanziali e processuali*, ed. Dike Giuridica, Italia, 2014.

FANCHIOTTI, V., ``Agente sottocopertura'', en *Enciclopedia del Diritto*, ed. Giuffrè Editore, Italia, 2021, pp. 1-25.

FANULI, G. L., ``La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato dalla consulta'' in *Archivio della nuova procedura penale*, numero 4, 2002, pp. 457-462.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C., ``¿Proteger o premiar al whistleblower?: Un debate pendiente en España'', en *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*. Coord. González García, N., Carrizo González-Castell, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 431-448.

FERRUA, P., ``*Oralità del Giudizio e letture di deposizioni testimoniali*'', ed. Giuffrè editore, Milano, 1981.

FLORES PÉREZ, C. A., ``Poder, corrupción y delincuencia. Modelo teórico de la articulación de vínculos de contubernio entre funcionarios públicos y el crimen organizado'' en *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción. Con fundamento en la Convención de Palermo*. Coords. Herrán Salvatti, M., Santiago Vasconcelos, J.L., González Ruiz, S., Mendieta Jiménez, J.L., ed. Fiscalía General del Estado de Chiapas-Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp. 140-163.

GAETA, P., ``Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)'', in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, Dir. Tonini P., ed. Cedam, Padova, 2001*.

GARCÍA GONZÁLEZ, S., ``El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal'', *LA LEY Penal*, número 139, 2019, pp. 1-12.

GARRIDO CARILLO, F. J., *El decomiso. Innovaciones, definiciones y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

GARRIDO CARRILLO, F.J., ``Prólogo. Retos, amenazas, instrumentos y experiencias en la lucha contra el crimen organizado'', en *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Coord. Faggiani, V., ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 19-35.

GARRÓS FONT, I., ROMERA SANTIAGO, N., ``Hacia una protección efectiva de los denunciantes'' en *Actualidad Administrativa*, número 7-8, 2020, pp.1-20.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, ed. Comares, Granada, 2001.

GARZÓN, B., MEGÍAS, E., *Narco. El tráfico de drogas como instrumento del crimen organizado. La presencia de las drogas: razones, riesgos y límites*, ed. Germania Serveis Gràfics, S.L., Alzira, Valencia, 1997.

GARCÍA MORENO, J. M., Consejo General del Poder Judicial, Módulo II, Tema 4, ``*El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959*´´, Ed. Red Europea de Formación Judicial (REFJ), Madrid, 2013, pp. 1-66.

GAYRAUD, J.F., ``*El G 9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*´´, ed. Urano, Barcelona, 2009.

GISBERT POMATA, M., ``La circulación o entrega vigilada y el agente encubierto´´, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, número 55, 2002, pp. 35-58.

GIMENO SENDRA, V., ``Prólogo´´ de *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, González-Cuéllar Serrano, N., ed. Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 1990.

GIMENO SENDRA, V., ``*Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*´´, t. III, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, V., ``*Derecho procesal penal*´´, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

GLASER, J., ``Zur Lehre vom Dolus des Anstifters´´, en *Der Gerichtssaal*, número 2, 1968, pp. 24-39.

GLENNY, M., *McMafia*, ed. Destino, Buenos Aires, 2008.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. COLEX, Madrid, 2004.

GÓMEZ DE LIÑAO FONSECA-HERRERO, M., ``El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional´´, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Dirs. Serrano-Piedecabras, J. R., Demetrio Crespo, E., ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 417-434.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.R., *La lucha policial contra la delincuencia organizada en España: Misión imposible*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, S.F., ``Los agentes policiales antidroga: riesgos penales de su actuación en España'', tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2014.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., ``Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones'', en *Revista del poder Judicial*, número 85, 2007, pp. 81-117.

GONZÁLEZ MONTES, J.L., ``La justicia en el siglo XXI'', *Discurso de apertura Universidad de Granada*, curso académico 2010-2011.

GUARIGLIA, F., ``El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?'', en *Jueces para la democracia, Información y Debate*, número 23, 1994, pp. 49-60.

GUARIGLIA, F., ``El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?'' *Revista Ciencias Penales*, número 12, 1996, pp. 16-33.

GUZMÁN FLUJÁ, V., ``El agente encubierto y las garantías del proceso penal'' en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, ed. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla la Mancha, Castilla la Mancha, Disponible en <https://fddocuments.ec/document/el-agente-encubierto-y-las-garantias-del-proceso-penal-bloguclmescienciaspenalesfiles2016106vicente-guzman-espdf.html?page=1>

GUZMÁN FLUJA, V. C., ``El agente encubierto y las garantías del proceso penal'', en *La prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, ed. Aranzadi Navarra, 2006, pp. 199 a 226.

GUZMÁN N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ed. Didot, 2018.

JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, ed. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2000.

JAKOBS, G., *Derecho Penal del Enemigo*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C., ``Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal'', en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Dir. Andrés Ibáñez, P., ed. EDJ, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 60-80.

JORDÁ SANZ, C., ``La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta'', *Revista Real Instituto Elcano*, número 51, ed. Real Instituto Elcano, Royal Institute, 2021, pp. 1-7.

LAFONT NICUESA, L., *El agente policial encubierto*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

LAFONT NICUESA, L., ``El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal'' en *Diario La Ley*, número 8580, 2015, pp. 1-20.

LAMARRE, F., ``Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia'', en *Revista Lecciones y Ensayos*, número 88, 2010, pp. 175-195.

LANDOLFI, A., ``L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie'' en *Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone"*, vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*, in *Quaderni del C.S.M.*, número 71, 1994, pp.70-91.

LATORRE LATORRE, V., *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, ed. Civitas, Madrid, 2002.

LINARES HAMMANN, J.E., ``Evolución de los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado'' en *Criminalidad, Globalización y Criminalidad*, número 1, 2006, pp. 90-97.

LLAVADOR CISTERNES, H., LLAVADOR PIQUERAS, J., *El régimen jurídico de los Servicios de inteligencia en España*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ``El agente encubierto'', en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 1999, pp. 1954-1957.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ``El anonimato y la ocultación del testigo'', en *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*, número 2009/1713, 2009, pp. 1-20.

LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.

LÓPEZ ORTEGA, ``La protección de la intimidad de la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez'', en *Cuadernos de*

derecho policial: Perfiles del derecho constitucional en la vida privada familiar, ed. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 275-308.

LUPO, S., *Historia da Mafia: das origen aos nossos días*. Ed. UNESP, Sao Paulo, 2002.

LUPO, S., *Andreotti, la mafia, la storia d'Italia*, ed. Donzelli, Roma, 1996.

MAFFEI, S., ``Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo'', in *Cassazione penale*, numero 5, 2003, pp. 1700-1720.

MAGLIOCCO, G., ``Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)'', en *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, volumen 3, Dir. Iadaluca, F., Roma, 2016, pp. 293-296.

MAGRO SERVET, V., ``El valor del confidente policial como prueba en el juicio oral'', en *La Ley Penal*, número 129, 2017, pp. 1-8.

MAISTRE DU CHAMBON, P., ``La régularité des ``provocations policière'': l'évolution de la jurisprudence'', *La semaine Juridique*, número 3422, ed. Lexis Nexis, Francia, 1989, pp. 31-58.

MARCHAL GONZÁLEZ, A. N., ``El confidente en el proceso penal'', tesis doctoral, Dir. Morenilla Allard, P., Universidad de Castilla la Mancha, 2017.

MARMO, M., ``Il coltello e il mercato. La camorra prima e dopo l'unità d'Italia, L'ancora del mediterraneo'', ed. L'Ancora del Mediterraneo, Napoli, 2010.

MARTÍN ANCÍN, F., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, ed. Tecnos, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ MOYA, J., ``Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el whistleblowing. El fin de la ley del silencio.'', en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2020, 2020, pp. 1-11.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E., y REYES RICO, L.I., ``La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos'', en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 53, 2019, pp. 24-68.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A., ``Errores de inteligencia'', en *La inteligencia como disciplina científica*, Dirs. Velasco, F., Navarro, D., y Arcos, R., ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2010, pp. 91-108.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., ``El reclutamiento de personal en el centro nacional de inteligencia (CNI)'' en *Papeles del Psicólogo*, número 33, 2012, pp. 202-210.

MASIERO, F.A., ``La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante'' en *Archivio Penale*, número 2, 2020, pp. 1-30.

MELILLO, G., ``Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo'', en *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Dir. DI CHIARA., G., ed. Giappichelli, Torino, 2003, pp.1-20.

MOLINA MANSILLA, M^a C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, ed. BOSH, 2009.

MONTÓN GARCÍA, M.L., ``Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos'' en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1999, pp. 2127-2131.

MONTOYA, M. D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2001.

MORENO CATENA, V., ``La protección de testigos y peritos en el proceso penal español'', en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, coord. Ferré Olivé, J. C., ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 135-150.

MOSCATO DE SANTAMARÍA, C.B., *El Agente encubierto en un Estado de Derecho*, tesis doctoral, Dir. Iruzun, V. J., ed. Universidad del Salvador, El Salvador, 2000.

MUERZA ESPARZA, J. ``Sobre los límites de la prueba presconstituida en el proceso penal'', en *Revista General de Derecho Procesal*, número 39, 2016, pp. 1-22.

MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el ``derecho penal del enemigo''*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ CUESTA J., *La Prueba en el Proceso Penal*, ed. Memento Experto Francis Lefebvre, Barcelona, 2020.

MUÑOZ RUIZ, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MUÑOZ SÁNCHEZ J., *La moderna problemática jurídico penal del Agente Provocador*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

MUÑOZ VIVAS, F.J., ``Los orígenes de la Inquisición. El manual de los inquisidores de Nicolas Eymeric`` en *Isla de Arriarán*, número 18, 2001, pp. 63-90.

NAVARRO VILLANUEVA, C., ``Protección a testigos y peritos`` en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 3-4, 2009, pp. 87-118.

NEGREDO, L., HERRERO, Ó., ``Pornografía infantil en internet``, en *Papeles del Psicólogo*, número 37(3), 2016, pp. 217-223.

NÚÑEZ PAZ, M.A., ``Protección de testigos y tráfico de drogas``, en *Delitos de tráfico ilícito de drogas: problemáticas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Coord. Atahumán Páucar, J.C. y Reyna Alfaro, L.M, ed. Jurista editores, Perú, 2018, pp. 439-463.

NUÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., ``Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas``, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, número 61, 2008, pp. 89-164.

O'DONNELL, S., ``Panamá Papers: medios, geopolítica y negocios``, en *Nueva sociedad*, número 263, 2016, pp. 28-34.

PALACIO SÁNCHEZ IZQUIERDO, J.R., ``Entregas vigiladas y agentes encubiertos``, en *Revista técnica del Ertzaina*, número 33, 2000, pp. 24-43.

PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

PARENTE, M., ``Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)``, en *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, volumen 3, Dir. Iadeluca, F., Roma, 2016, pp. 255-257.

PÉREZ ARROYO, M. R., ``La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal``, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, número 27, 1999, pp. 201-246.

PÉREZ ARROYO, M, R., ``La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal `` en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2000, pp. 1765-1797.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M., ``Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*´´, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 115, 2019, pp. 343-375.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., ``Whistleblowing´´ en *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, número 14, 2018, pp. 285-298.

PIATTOLI, B., ``Agenti provocatori, indagini ``undercover´´ e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione´´, en *Diritto Penale e Processo*, numero 5, 2013, pp. 561-571.

PERRUCA ALBADALEJO, V., ``El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental´´, en *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, número 16, 2019, pp. 45-64.

PETRELLA, M., ``L’acquisto simulato di droga. Art. 97´´ en *Le sostanze stupefacenti*, Coord. Insolera, G., Turín, 1998, pp. 340-351.

PRAT WESTERLINDH, C. ``No es suficiente proporcionar a los letrados la identidad de los testigos anónimos´´. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 875/2013, 2013, pp. 8-9.

PUGLISI, R., ``Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova´´, in *Cassazione penale*, numero 7-8, 2009, pp. 2963-2974.

PUYOL MONTERO, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G., ``Organizaciones y grupos criminales en el Derecho Penal de nuestro tiempo´´, en *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Coord. Villacampa Estiarte, C., ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 23-44.

RAAB, S., *Five families: the rise, decline and resurgence of America’s most powerful Mafia empires*. Ed. Thomas Dunne Books, New York, 2016.

RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Crime Organizado. Tipicidade, Política, Investigação e Processo*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

REDONDO HERMIDA, A., *El ``agente infiltrado`` y su regulación por el Derecho español*, Diario El Mundo, Madrid, 31 de enero de 2008.

RINCÓN ANGARITA, D., ``Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado``, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, número 2, 2018, pp. 57-71.

RIFÁ SOLER, J.M., ``El agente encubierto o infiltrado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal``, en *Revista del Poder Judicial*, número 55, 1999, pp. 157-188.

RIZO GÓMEZ, B., ``El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado``, *Cuadernos de Política Criminal*, número 125, 2018, pp. 5-44.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., ``La entrega vigilada y el agente encubierto``, en *AJA*, número 380, 1999, pp. 1-6.

ROS AGUDO, M., ``El espionaje en España en la guerra civil y la segunda guerra mundial: una visión general``, en *Diascronic Studii di Storia Contemporanea*, número 28, 2016, pp. 1-20.

ROSS, J., ``Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto`` en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, numero 1, 2020, pp. 1-24.

ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, ed. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001.

RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en el Derecho Español*, ed. Edersa, Madrid, 1982.

SACRISTÁN PARÍS, F., *La cultura de la inteligencia. La inteligencia en la lucha contra las nuevas amenazas: La delincuencia organizada transnacional*, ed. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., ``El coimputado que colabora con la justicia penal``, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 07-05, 2005, pp. 1-33.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., ``Delincuencia organizada y menores: el caso de Colombia`` en *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen*

organizado perspectivas de reforma, Coord. Faggiani, V., ed. BOSH, Barcelona, 2020, pp. 261-293.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., ``Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático'', en *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Coord. Merino Calle, I., Hernández López, A., Laro González, M.A., ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022, pp. 267-278.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., Los ``Informes policiales de inteligencia'' como prueba en el proceso penal'' en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 68, 2022, pp. 21-38.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., ``Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la llamada ``Prueba Pericial de Inteligencia'' en *Planificación, estrategias y medios en la lucha contra el crimen organizado y en la recuperación de activos*, Coords. Garrido Carrillo, F.J., Faggiani, V., Romero Abolafio, J.J., ed. Thomson Reuters – Aranzadi, 2023, pp. 303-324.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., `` Investigar y combatir la corrupción a través del Agente Encubierto'' en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 11, 2023, pp. 39-62.

SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, ed. BOSCH, Barcelona, 2017.

SANTOS TORRES, J., *El Bandolerismo en España: Una Historia Fuera de la Ley*, ed. Temas de hoy. Madrid, 1995.

SANSÓ-RUBERT, D., ``El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional'', en *UNISCI. Discussion papers*, número 12, 2006, pp. 203-227.

SCALFATI, A., *Principi*, in *ID. (a cura di), Manuale di diritto processuale penale*, ed. Giappichelli, Torino, 2018.

SENÉS MOTILLA, C., ``Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales'', en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de derecho judicial*, número 12, 1996, pp. 267-320.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., ``El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)'', en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4, 2000, pp. 1597-1599.

SERRANO FERRER, M.P., *El reflejo de las nuevas tecnologías en el derecho penal y otros destellos*, ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

SESSA, A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ed. Esi, Napoli, 2018.

SIGNORATO, S., *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, ed. Giappichelli, Torino, 2018.

SIRVENT ZARAGOZA, G., ``Terrorismo y delincuencia transnacional organizada en el siglo XXI`` en *Cuadernos de estrategia*, número 120, 2003, pp. 19-58.

SOLDINO, V., GUARDIOLA GARCÍA, J. ``Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución`` en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 19-28, 2017, pp. 1-25.

TAMIETTI, A., ``Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo``, en *Cassazione Penale*, numero 9, 2002, pp. 2920- 2932.

TAMIETTI, A., ``Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo`` en *Cassazione penale*, numero 5, 2003, pp. 1700-1720.

TARUFFO, M., ``Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial``, en *Jueces para la democracia*, número 52, 2005, pp. 63-73.

TORRAS COLL, J.M. ``Los testigos protegidos y el derecho de defensa``, *La Ley Penal*, número 10486, 2019, pp. 1-18.

TORRES ROSELL, N., ``Sentencias españolas sobre la protección de testigos. Líneas jurisprudenciales`` en *Jornadas internacionales de Derecho Procesal: La protección de testigos y de peritos en causas criminales. Comunicaciones y ponencias*, Dir. Robles Garzón, J.A., Ed. Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga, Málaga, 2001, pp. 185-208.

TRAVÉ SARRADELL, D., ``Intimididad y vigilancia en las investigaciones internas derivadas del uso de un canal de whistleblowing``, en *IUSLabor*, número 1, 2021, pp. 42-65.

TROISI, P., ``Operazioni Digitali Sotto Copertura``, in *Le indagini atipiche*, Dir. Scalfati, A., ed. Giappichelli, Italia, 2019, pp. 619-662.

TURIENZO FERNÁNDEZ, A. ``Sobre el testigo protegido en España: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre bajo examen´´, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 53, 2021, pp. 1-45.

TZU, S., *El arte da guerra*, ed. Obelisco, Barcelona, 2020.

UMBRÍA ACOSTA, L.A., ``Un preámbulo de política criminal frente a la delincuencia organizada´´, *Revista Criminalidad*, número 3, 2018, pp. 235-249.

URIARTE VALIENTE, L.M., ``El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet´´, *Estudios jurídicos*, número 2012, 2012, pp. 6-8.

VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia en el proceso penal*, ed. La Ley, Madrid, 2002.

VELASCO NÚÑEZ, E., ``El confidente´´, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 3, 1993, pp. 823-830.

VELASCO NÚÑEZ, E., ``Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías´´, en *Revista de Jurisprudencia*, número 4, 2011, pp. 1-20. Disponible en <https://elderecho.com/novedades-tecnicas-de-investigacion-penal-vinculadas-a-las-nuevas-tecnologias>

VENDIUS, T.T., ``Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet´´, en *European Review of Organised Crime*, numero 2, 2015, pp. 6-24.

VICOLI, D., BIRAL, M., ``La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano´´ en *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, Coord. Cubas Villanueva, V., Girao Isidro, M.A., ed. Instituto Pacífico, Madrid, 2016, pp. 131-157.

VILLAR FUENTES, I. M^a, ``El agente infiltrado y las diligencias de investigación tecnológica´´, en *Archivo Penale*, número 2, 2017, pp. 1-17.

ZAFFARONI E. R., ``Impunidad del agente encubierto y del delator: Una tendencia legislativa Latinoamericana´´, en *Révue Internationale de Droit Penal*, número 67, 1996, pp. 231-232.

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

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., ``El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español''. *Publicaciones del portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 1-20.

ZAPPULLA, A., ``Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafie), in *Legislazione penale*, número 4, 2010, pp. 450-479.

ZARAGOZA AGUADO, J., ``Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas'', *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 5, 2000, pp. 49-116.

ZARAGOZA TEJADA, J.I., ``El agente encubierto online: la última frontera de la investigación penal'' en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1/2017, 2017, pp. 1-14.

Otros documentos y páginas webs

Otros documentos

Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

Consejo General Del Poder Judicial, ``Conclusiones de las Jornadas sobre el Marco Jurídico de Actuación del Agente Encubierto. Madrid, 29 de mayo de 2015'', en *Conclusiones de seminarios*, número 15, 2015.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P., ``El agente encubierto en la legislación española'', en *Curso de formación continua de fiscales, La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2016.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 507, de 10 de septiembre de 1998.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., ``Algunas cuestiones procesales, especialmente en la fase de instrucción'', en *curso de formación continua de fiscales. El blanqueo de capitales*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2008.

Diario de las sesiones del Senado IX legislatura, número 115, 23 de marzo de 2011.

Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea 2010, adoptada por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en su sesión de los días 25 y 26 de febrero de 2010 y aprobada por el Consejo Europeo de los días 25 y 26 de marzo de 2010.

Estrategia Global para la política exterior y de seguridad del 2016 de la Unión Europea presentada ante Consejo Europeo celebrado los días 28 y 29 de junio de 2016.

Estrategia Nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023, Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. Publicada en el BOE, núm. 46, Sec. I. Pág. 17048, el viernes 22 de febrero de 2019. Departamento de Seguridad Nacional, Gobierno de España.

Estrategia de Seguridad Nacional 2017 Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Publicada en el BOE, núm. 309, Sec. I. Págs. 125966 a 126004 el 21 de diciembre de 2017. Departamento de la Presidencia del Gobierno, Gobierno de España.

Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. Publicada en el BOE, núm. 103, Sec. I. Págs. 43437 a 43455 el 30 de abril de 2019. Departamento Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

Estrategia de Seguridad Marítima nacional del 2019 Orden PCI/567/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Plan de Acción de Seguridad Marítima, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. Publicada en el BOE, núm. 25, Sec. III. Págs. 55972 a 55982 el 25 de mayo de 2019. Departamento Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

“Frequently Asked Questions: Whistleblower protection (“FAQ”)” elaborado por la Comisión Europea en el 2018.

GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J., “Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil”, en *Curso de formación continua de fiscales. La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, ed. Centro de

Estudios Jurídicos, Madrid, 2016. En www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/DESCARGA/comunicaciónGarcía-FustelGonzález,Jesús.pdf?idFile=cb2112-9d7c-4a2c-9d1751efae9a0197.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

MARTÍNEZ QUIROGA, J.F., ``Entrada y registro, entregas vigiladas, apertura de paquetes y postales, agente encubierto y figuras afines'', en *Curso de formación continua de fiscales. La investigación en el delito de tráfico de drogas y su incidencia en el juicio oral*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2015.

MARTÍN PALLÍN, J.A., ``Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas'' *Curso de formación continua de jueces y magistrados. Delitos contra la salud pública y el contrabando, Cuadernos de Derecho Judicial*, número 5, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MORENO GARCÉS, M.D., ``Protección de datos en el Proceso Penal. Supuestos prácticos (II) Acceso a las actuaciones. Testigo protegido y Estatuto de la Víctima. Agente Encubierto. Datos contenidos en el SIRAJ. Otras cuestiones prácticas, conclusiones'', en *Curso de formación continua de Letrados de la Administración de Justicia. Taller práctico sobre protección de datos. El LAJ y la Protección de Datos. El Reglamento 2016/679*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2019.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del 1993.

Memoria de la Fiscalía general del Estado del 2020.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2021.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del 2022.

OFICINA DE COMUNICACIÓN, CGPJ., *Protocolo de Comunicación de la Justicia del 2020*, pp. 9-12.

PERALS CALLEJA, J., ``Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de la prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia'', *Curso de*

formación continua de jueces y magistrados. Crimen organizado, Cuadernos Digitales de Formación, número 42, 2010.

PERALS CALLEJA, J., ``El agente encubierto. La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia´´, *Curso de formación continua de fiscales. Tráfico de drogas. Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2014.

Resumen llamado ``Whistleblower protection. Fact sheet´´ creado por la Comisión Europea en 2018.

SAIZ, A., ``¿Hacia dónde van los servicios de inteligencia? Cambios realizados en la lucha antiterrorista tras el 11-S y el 11-M.´´ *Seminario sobre “Periodismo de investigación y Servicios de Inteligencia tras el 11-M”*. Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 21 de julio, 2008.

Secretaría General De Interpol, *Global Strategy on Organized and Emerging Crime*, ed. INTERPOL, Lyon, 2017.

ORTIZ PRADILLO, J.C., ``Dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en el proceso penal´´, en *Curso de formación continua de jueces y magistrados. Diligencias de investigación tecnológica, Cuadernos Digitales de Formación*, número 1, 2018.

ZARAGOZA TEJADA, J., ``El agente encubierto online. Aspectos legales y jurisprudenciales y problemas procesales originados en su práctica´´, en *Curso de formación continua de jueces y magistrados, Cuadernos Digitales de Formación*, número 59, 2018.

Páginas web

<http://www.fbi.gov/hg/eid/orgcrime/oschome.htm>

<https://dpej.rae.es/lema/agente-encubierto>

<https://www.cni.es/la-inteligencia>

<https://www.cni.es/sobre-el-cni/organizacion#:~:text=El%20CNI%2C%20adscrito%20al%20Ministerio,o%20vinculados%20a%20la%20seguridad.>

<https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/plan-estrategico-nacional-de-lucha-contr-la-radicalizacion-violenta/colaboracion-ciudadana/>

<https://www.cni.es/trabaja-con-nosotros/trabaja-en-el-cni>

<https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>

<http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm>

<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2012/La-lucha-de-Italia-contr-la-mafia-es-un-modelo-para-combatir-la-delincuencia-organizada-transnacional-declara-el-jefe-de-INTERPOL-en-una-reunion>

https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/peppino_impastato_vers_def.pdf

<https://www.dea.gov/es/carreras/agente-especial#:~:text=La%20DEA%20es%20la%20fuerza,que%20amenazan%20a%20nuestras%20comunidades.>

<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6527-lagente-sotto-copertura-per-i-reati-di-corruzione-nel-quadro-delle-tecniche-speciali-di-investigazi>

JURISPRUDENCIA

Internacional

STEDH de 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski versus Holanda, número 11454/85.

STEDH 27 de septiembre de 1990, caso Windisch versus Austria, número 12489/86.

STEDH de 19 de febrero de 1991, caso Isgro contra Italia, número 11339/85.

STEDH de 15 de junio del 1992, caso Lüdi versus Suiza, número 12433/86.

STEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson versus Países Bajos, número 20524/92.

STEDH 23 abril 1997, caso Van Mechelen versus Países Bajos, número 21363/93.

STEDH de 9 junio del 1998, caso Teixeira de Castro versus Portugal, número 25829/94.

STEDH, de 31 de octubre del 2001, Solakov versus la Antigua República Yugoslava de Macedonia, número 47023/99.

STEDH de 14 febrero 2002 caso Wisser versus Países Bajos, número 26668/95.

STEDH de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros versus Lituania, número 120660/02.

STEDH de 27 mayo de 2004, Yurttas versus Turquía, número 25143/94 y 27098/95.

STEDH 22 noviembre 2005, caso Taal versus Estonia, número 13249/02.

STEDH 29 de septiembre de 2006, caso Constantin & Stolan versus Rumania, número 23782/2006.

STEDH de 15 de noviembre 2007, caso Galstyanw versus Armenia, número 26986/03.

STEDH de 1 de julio de 2008, caso Malininas versus Lituania, número 10071/2004.

STEDH de 10 de junio de 2008, caso Kuzmickaja versus Lituania, número 27968/03.

STEDH de 4 de noviembre de 2010, caso Bannikova versus Rusia, número 18757/2006.

STEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al Khawaja y Tahery versus Reino Unido, número 425397/2011.

STEDH de 1 de marzo de 2011, caso Lalas versus Lituania número 13109/04.

STEDH de 19 de julio de 2012, caso Hümmer versus Alemania, número 26171/07.

STEDH de 19 de febrero de 2013, caso Gani versus España, número 61800/08.

STEDH de 26 de febrero de 2013, caso Papadakis versus La antigua República Yugoslava de Macedonia, número 50254/2007.

STEDH de 24 de julio de 2014, caso Laguntin y otros versus Rusia, números 6228/09, 19678/07 52340/08, 7451/09, y 19123/09.

STEDH de 23 de octubre de 2014, caso Furcht versus Alemania, número 54648/09.

STEDH de 18 de diciembre de 2014, caso Scholer versus Alemania, número 14212/10.

STEDH de 2 de diciembre de 2014, caso Taraneks versus Letonia, número 3082/06.

STEDH de 26 de marzo de 2015 caso Volkov & Adamsky versus Rusia, número 7614/2009.

STEDH de 8 de junio de 2016, caso Morari versus Moldavia, número 65311/09.

STEDH de 23 de mayo de 2017, caso Van Wesenbeeck versus Bélgica, número 67496/10.

STEDH de 15 de mayo de 2018, caso Virgil Dan Vasile versus Rumanía, número 35517/11.

STEDH de 23 de octubre de 2018, caso Guerni versus Bélgica, número 19291/07.

STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros versus España, número 1874/13 y 8567/13.

STEDH de 15 de octubre de 2020 caso Akhbay y otros versus Alemania, número 40495/15.

Nacional

Española

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC de 24 de mayo, número 44/1983.

STC de 29 de septiembre, número 114/1984.

STC de 26 de noviembre, número 110/1984.

STC de 17 de junio, número 80/1986.

STC de 21 de diciembre, número 217/1989.

STC de 28 de febrero, número 64/1994.

STC de 24 de marzo, número 71/1994.

STC de 2 junio, número 116/1998.

STC de 10 de julio, número 186/2000.

STC de 10 de julio, número 186/2000.

STC de 14 de octubre, número 185/2002.

STC de 29 de setiembre, número 174/2003.

STC 23 de octubre, número 184/2003.

STC de 15 de noviembre, número 196/2004.

STC de 31 de marzo, número 416/2005.

STC de 29 de junio, número 159/2009.

STC de 3 de diciembre, número 3/2010.

STC de 18 de octubre, número 68/2010.

STC de 7 de noviembre, número 174/2011.

STC de 17 de diciembre, número 241/2012.

STC de 8 de abril, número 75/2013.

STC de 23 de abril, número 93/2013.

STC de 7 de octubre, número 170/2013.

STC de 13 de octubre, número 170/2013.

STC de 24 de febrero, número 31/2014.

STC de 6 de abril, número 277/2016.

ATC de 20 de enero, número 7/1999.

Sentencias del Tribunal Supremo

STS, sala segunda, de 22 de junio, número 979/1950.

STS, sala segunda, de 20 de febrero, número 786/1973.

STS, sala segunda, de 14 de junio, número 2873/1975.

STS, sala segunda, de 22 de junio, número 473/1982.

STS, sala segunda, de 15 de noviembre, número 1570/1984.

STS, sala segunda, de 6 febrero, número 10807/1988.

STS, sala segunda, de 4 de marzo, número 1828/1992.

STS, sala segunda, de 2 de julio, número 4796/1993.

STS, sala segunda, 15 de septiembre, número 1992/1993.

STS, sala segunda, 3 de noviembre, número 3714/1993.

STS, sala segunda, de 16 de septiembre, número 2490/1994.

STS, sala segunda, de 6 de febrero, número 35/1995.

STS, sala segunda, de 14 de febrero, número 818/1995.

STS, sala segunda, de 14 febrero, número 11719/1995.

STS, sala segunda, de 30 de mayo, número 10329/1995.

STS, sala segunda, de 20 de septiembre, número 563/1996.

STS, sala segunda, de 26 de septiembre, número 3195/1996.

STS, sala segunda, de 9 de marzo, número 1575/1998.

STS, sala segunda, de 9 de marzo, número 2346/1998.

STS, sala segunda, de 11 de enero, número 34/1999.

STS, sala segunda, de 25 de enero, número 947/1999.

STS, sala segunda, de 2 de noviembre, número 1574/1999.

STS, sala segunda, de 5 de junio, número 3957/1999.

STS, sala segunda, de 26 de junio, número 1085/2000.

STS, sala segunda, de 3 de mayo, número 3591/2001.

STS, sala segunda, de 9 de noviembre, número 2081/2001.

STS, sala segunda, de 28 de enero, número 4007/2002

STS, sala segunda, de 18 de noviembre, número 1902/2002.

STS, sala segunda, de 8 de septiembre, número 297/2003.

STS, sala segunda, de 30 de enero, número 602/2003.

STS, sala segunda, de 24 de marzo, número 403/2003.

STS, sala segunda, de 22 de setiembre, número 1033/2004.

STS, sala segunda, de 26 de febrero, número 249/2004.

STS, sala segunda, de 31 de marzo, número 416/2005.

STS, sala segunda, de 11 de abril, número 449/2005.

STS, sala segunda, de 11 de julio, número 914/2005.

STS, sala segunda, de 13 de diciembre, número 1497/2005.

STS, sala segunda, de 3 de febrero, número 55/2006.

STS, sala segunda, de 16 de febrero, número 178/2006.

STS, sala segunda, de 20 de septiembre, número 913/2006.

STS, sala segunda, de 7 de noviembre, número 887/2007.

STS, sala segunda, de 15 de noviembre, número 975/2007.

STS, sala segunda, de 3 de octubre, número 767/2007.

STS, sala segunda, de 15 de noviembre, número 975/2007.

STS, sala segunda, de 25 de junio, número 655/2007.

STS, sala segunda, de 25 de septiembre, número 571/2008.

STS, sala segunda, de 8 de mayo, número de 247/2008.

STS, sala segunda, de 3 de octubre, número 598/2008.

STS, sala segunda, de 8 de enero, número 5/2009.

STS, sala segunda, de 6 de febrero, número 154/2009.

STS, sala segunda, de 27 de marzo, número 378/2009.

STS, sala segunda, de 27 de marzo, número 2702/2009.

STS, sala segunda, de 6 de julio, número 793/2009.

STS, sala segunda, de 10 de enero, número 7056/2010.

STS, sala segunda, de 9 de marzo, número 189/2010.

STS, sala segunda, de 6 de octubre, número 909/2010.

STS, sala segunda, de 29 de diciembre, número 1140/2010.

STS, sala segunda, de 5 de octubre, número 1023/2011.

STS, sala segunda, de 1 de marzo, número 1316/2011.

STS, sala segunda, de 23 de febrero, número 652/2012.

STS, sala segunda, de 10 de mayo, número 392/2012.

STS, sala segunda, de 13 de julio, número 658/2012.

STS, sala segunda, de 10 de mayo, número 427/2013.

STS, sala segunda, de 13 de mayo, número 477/2013.

STS, sala segunda, de 13 de junio, número 848/2013.

STS, sala segunda, de 28 de junio, número 575/2013.

STS, sala segunda, de 6 de noviembre, número 835/2013.

STS, sala segunda, de 13 de mayo, número 395/2014.

STS, sala segunda, de 13 de mayo, número 395/2014.

STS, sala segunda, de 13 de mayo, número 2114/2014.

STS, sala segunda, de 20 de noviembre, número 10106/2014.

STS, sala segunda, de 23 de diciembre, número 906/2014.

STS, sala segunda, de 5 de marzo, número 115/2015.

STS, sala segunda, de 18 de marzo, número 1100/2015.

STS, sala segunda, de 10 de febrero, número 360/2016.

STS, sala segunda, de 24 de febrero, número 134/2016.

STS, sala segunda, de 6 de abril, número 277/2016.

STS, sala segunda, de 5 de mayo, número 384/2016.

STS, sala segunda, de 11 de noviembre número 852/2016.

STS, sala segunda, de 14 de diciembre, número 256/2016.

STS, sala segunda, de 5 de abril, número 250/2017.

STS, sala segunda, de 3 de mayo, número 313/2017.

STS, sala segunda, de 3 de julio, número 502/2017.

STS, sala segunda, de 15 de enero, número 706/2018.

STS, sala segunda, de 19 de diciembre, número 671/2018.

STS, sala segunda, de 26 de noviembre, número 591/2018.

STS, sala segunda, de 7 de febrero, número 65/2019.

STS, sala segunda, de 27 de febrero, número 104/2019.

STS, sala segunda, de 28 de marzo, número 1514/2019.

STS, sala segunda, de 13 de marzo, número 140/2019.

STS, sala segunda, de 13 de marzo, número 750/2019.

STS, sala segunda, de 28 de marzo, número 171/2019.

STS, sala segunda, de 1 de abril, número 173/2019.

STS, sala segunda, de 24 de julio, número 396/2019.

STS, sala segunda, de 29 de octubre, número 515/2019.

STS, sala segunda, de 17 de diciembre, número 886/2019.

STS, sala segunda, de 20 de diciembre, número 635/2019.

STS, sala segunda, de 28 de enero, número 207/2020.

STS, sala segunda, de 28 de enero, número 682/2020.

STS, sala segunda, de 20 octubre, número 525/2020.

STS, sala segunda, de 13 de abril, número 312/2021.

STS, sala segunda, de 10 junio, número 503/2021.

STS, sala segunda, 10 de Julio, número 2331/2021.

STS, sala segunda, 7 de octubre, número 90/2021.

STS, sala segunda, de 8 de marzo, número 205/2022.

Sentencias de la Audiencia Nacional

SAN, sala de lo Penal, de 25 de febrero, número 13/2005.

SAN, sala de lo Penal, de 27 de julio, número 55/2010.

SAN, sala de lo Penal, de 25 de abril, número 19/2011.

SAN, sala de lo Penal, de 30 de abril, número 34/2012.

SAN, sala de lo Penal de 20 de marzo, número 1423/2013.

SAN, sala de lo Penal, de 1 de junio, número 13/2016.

SAN, sala de lo Penal de 27 de julio, número 31/2016.

SAN, sala de lo Penal, de 3 de mayo, número 18/2018.

SAN, sala de lo Penal, de 15 de julio, número 11/2019.

SAN, sala de lo Penal, de 11 de diciembre, número 78/2019.

Sentencias de Tribunales superiores de Justicia

STSJ de Madrid, de 30 de abril, número 69/2019.

STSJ de Extremadura, de 17 de febrero, número 11/2021.

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, de 28 de octubre, número 950/2011.

SAP de Navarra, de 14 de diciembre, número 256/2016.

SAP de Madrid, de 5 de noviembre, número 605/2018.

SAP de Pontevedra, de 17 de diciembre, número 886/2019.

SAP de Madrid, de 17 de julio, número 280/2020.

SAP de Madrid, de 9 de marzo, número 118/2021.

Italiana

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione IV, 24 aprile 1997, n. 5829.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 3 dicembre 2001, n. 5397.

Sentenza Corte di Cassazione, sala IV, 24 febbraio 2003, n. 13623.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 8 maggio 2003, n. 39706.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 21 ottobre 2003, n.39706.

Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 29 aprile 2004, n. 24000.

Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 16 giugno 2004, n. 32435.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 5 maggio 2004, n. 37074.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 28 gennaio 2005, n. 13500.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 3 giugno 2008, n. 26763.

Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

Sentenza Corte de Cassazione sección III, 17 gennaio de 2008, n. 8328.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione II, 25 settembre 2008, n. 40036.

Sentenza Corte di Cassazione Sezione VI, 11 febbraio 2009, n. 12142.

Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 18 marzo 2009, n.39456.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione IV, 11 giugno 2009, n. 41799.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 24 novembre 2010, n. 45571.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 9 maggio 2013, n. 37085.

Sentenza Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.

Nota final

Me gustaría agradecer, una vez más, a todas las personas que me han apoyado y animado a continuar con mi tesis doctoral y mi carrera en la universidad. Todas y cada una de ellas me aprecian y me quieren tanto como yo a ellas. Voy a estarles eternamente agradecida por estar siempre que les he necesitado, respetar y valorar mi trabajo.

Especialmente y de nuevo, dar las gracias al Real Colegio de España en Bolonia por permitirme vivir la gran experiencia que ha supuesto para mí ser colegial. He sido enormemente feliz en Italia con, la que hoy considero, mi familia académica.

Por último, doy gracias a Dios, a Don Gil de Albornoz y a Santa Catalina de Bolonia por protegerme y guiar mis pasos.