

EL AGENTE ENCUBIERTO ¹

Manuel Quintanar Diez

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.

Profesor titular por la Universidad Complutense de Madrid y abogado.

RESUMEN: En el presente estudio nos proponemos delimitar conceptualmente al agente encubierto y analizar dentro del ordenamiento procesal penal su encaje, su naturaleza y su proyección aplicativa dentro del procedimiento criminal español. Sin embargo, quedaría mutilada la presente investigación si no se analizasen, del mismo modo, las consecuencias que para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en particular, la Policía Judicial, comparte el uso de esta figura.

PALABRAS CLAVES: Delincuencia Organizada, Proceso Penal, Criminalidad, Internacional, Legislación, Derecho Penal, Propuestas, Agente Encubierto.

La Ley Orgánica 5/1999, de fecha 13 de enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento español, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, introduce en la ley de rito procesal español el artículo 282 bis y con ello, la figura del denominado agente encubierto. En el presente estudio nos proponemos delimitar conceptualmente esta figura y analizar dentro del ordenamiento procesal penal su encaje, su naturaleza y su proyección aplicativa dentro del procedimiento criminal español. La metódica no puede ser otra que la jurídica cuando se trata de la investigación de un instituto de carácter legal encuadrable dentro de la Ciencia

¹ Vid. Entre otras, SSTS 25/09/2003, 12/06/2002, 29/10/2001, 03/05/2001, 07/11/2000, 11/01/1998 y 14/06/1993.

del Derecho procesal Penal. En este sentido, debe afirmarse que el único método de estudio en derecho lo constituye la interpretación, cuyo objeto formal, no puede ser otro que la Ley, en este caso procesal. Sin embargo, quedaría mutilada la presente investigación si no se analizasen, del mismo modo, las consecuencias que para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en particular, la Policía Judicial, comparte el uso de esta figura. Consecuencias de todo orden. Desde las estrictamente investigadas, hasta los riesgos que esta técnica legalizada de investigación de la criminalidad organizada y, muy específicamente, en el ámbito del terrorismo, el narcotráfico y la corrupción comporta.

Dicho método jurídico,² está íntimamente vinculado a la cuestión del objeto de conocimiento, y en la medida en que el objeto de conocimiento del Derecho Penal lo constituyen un conjunto de proposiciones, es decir, un lenguaje jurídico, una serie de normas implícitas en esas proposiciones, en la que se contiene referencias valorativas que han de regir una determinada materia y, finalmente, con la misma materia regulada, desde un punto de vista metodológico, se precisa una lógica del lenguaje, lo que no significa, en absoluto, que el jurista tenga que convertirse en un lingüista, ni tampoco, en un experto en lógica en sus distintas manifestaciones, ya sea la lógica simbólica, la lógica mental, etc. No cabe duda de que al expresarse y concretarse el objeto de conocimiento (Derecho penal positivo) en proposiciones jurídicas que valoran, protegen y tutelan determinados y esenciales intereses del individuo, de la sociedad y del Estado, el jurista no podrá prescindir ni de esos valores, proclamados por la constitución, como expresase en su día el Profesor Bricola, ni tampoco de esa lógica jurídica o del lenguaje jurídico, absolutamente indispensable para el estudio del Derecho positivo. En consecuencia, la interpretación de la Ley penal positiva debe asentarse en el estudio lógico del lenguaje jurídico, recogido por la proposición, así como la dimensión valorativa de la misma e, incluso, con el conocimiento, como ha sido propuesto desde un punto de vista de un sector iusfilosófico de la materia

² Vid. Cobo del Rosal M. / Quintanar Díez, M., Instituciones de Derecho penal español. Parte General, Madrid, 2004, Págs., 25 y SS.

regulada, lo que no deja de ser una metódica excesivamente ambiciosa dada su amplitud. Máxime si se tiene en cuenta que igualmente debe conocerse el por qué y para qué de la norma, es decir, su origen y su telos.

Y sentadas las bases del proceder jurídico que en el estudio se manejan, pasamos a circunscribir, aunque ello no signifique que no quede contextualizado dentro del procedimiento y, más específicamente de la investigación o fase preeliminar del proceso, dicho objeto de conocimiento. Se trata del artículo 282 bis, cuyo texto es el que a continuación se reproduce:

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 237,243,244y 301 del Código Penal.}
- 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 radioactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 de Código Penal.
- h) Delito de falsificación de moneda previsto en los artículos 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.
- i) Delitos 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 constituya 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.

Por su parte, la exposición de motivos de la citada Ley, justifica la introducción del presente artículo conectado con las técnicas de investigación y persecución de la criminalidad organizada, de la siguiente manera:

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “*modus operandi*” con que actúa. Ante este nuevo reto, los sucesivos Gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Asimismo la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, han sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sea necesaria para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional. Las reformas que se incorporan en la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la

Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatórias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y el de la Ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derecho y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más adyectas que parezcan las formas de delincuencia que se trata de combatirlo 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 de la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías que exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resulta a favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático... Por otra parte, se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del “agente encubierto” en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada “delincuencia organizada”. De esta forma, se posibilita el otorgamiento y utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales. Asimismo, se delimita a estos efectos el concepto de “delincuencia organizada”, determinando las figuras delictivas que comprende. Finalmente, se faculta al agente

encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación.

Como se ha afirmado, la figura del agente encubierto supone la positivización de un instrumento esencial en la lucha contra denominado crimen organizado. Y ello, es manifestación de una irremediable tendencia del Derecho a ir, por así decir, por detrás de la realidad, puesto que de una forma ilegal, o si se quiere, atípica, la mentada figura existía como técnica de investigación mucho antes de 1999. Se trata de una técnica de investigación no tradicional, como no tradicional es, el marco en el que está llamada a operar, cual es el de la criminalidad organizada. En relación con su perfil legal abundaremos en lo sucesivo, pero debemos dejar de lado la perspectiva práctica de esta figura, por tratarse este estudio, un estudio estrictamente jurídico.³

Son notas definitivas del agente encubierto, desde una perspectiva jurídica, las siguientes:⁴

1º Que la figura se introduce en el ordenamiento jurídico con un sujeto activo específico, la Policía judicial, con exclusión de personas que no sean funcionarios policiales.

3. Para una exhaustiva crítica de las difusiones y riesgos generados por la aplicativa de la misma, vida. La espléndida tesis doctoral inédita, “Los agentes policiales antidrogas: riesgos penales de su actuación en España”, de Gómez Rodríguez, S.R. Madrid, 2004.

⁴ Vid. Extensamente el excelente estudio de Gascón Inchausti, F., Infiltración policial y agente encubierto, Granada, 2001.

2° El marco en el que opera la cita figura resulta ser el de las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.

3° El instituto funciona con autorización del Ministerio Fiscal e inmediata dación de cuentas al Juez de Instrucción.

Dichas notas conciernen a los rasgos básicos legales del agente encubierto o por mejor decir, se trata de los presupuestos aplicativos de la figura. De manera que, nos hallamos ante, como afirma Gascón⁵, un instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal, la infiltración policial.

En relación con la primera de las notas definitorias, debe decirse que el propio precepto, se encarga de disciplinar una serie de derechos y deberes que conciernen al agente funcionario policial, a lo largo de la instrucción, incluso en el acto del juicio oral. Así, durante dicha fase de instrucción, se le atribuirá una identidad supuesta, que será la que le sirva de cobertura y que habrá de tener el respaldo documental y oficial oportuno. Está autorizado a actuar bajo identidad supuesta no sólo en todo lo relacionado en la investigación, sino que también puede participar bajo su cobertura en el tráfico jurídico y social. Está exento de responsabilidad criminal, a tenor de lo dispuesto en el número 5, por las actuaciones delictivas que sean la consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y, de manera específica adquirir y transportar los efectos, instrumentos y objetos del delito y diferenciar su incautación.

⁵ Gascón Inchausti, ob cit. Pág. 17.

Por cuanto se refiere a la segunda de las notas definitorias relevadas, debe decirse que, la propia Ley, establece un concepto normativo de delincuencia organizada, en particular en el apartado 4° del artículo en estudio, definiendo tal delincuencia 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 el propio precepto numera.

En relación con el *modus operandi* previsto por la figura típica, debe destacarse que la identidad supuesta será otorgada por el Ministro del Interior, por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración. Y ello conecta con la tercera de las notas definitorias a la que nos referíamos *ut supra*, Como afirma Gascón⁶, se asume por el legislador que la iniciativa para proceder será primordialmente policial, como también el planteamiento de las diversas actuaciones que se lleven a cabo; no obstante, se establece un importante control del Juez de Instrucción, también del Ministerio Fiscal, no sólo por cuanto se refiere a la autorización, sino igualmente durante el desarrollo de la infiltración, del que deberá dársele cuanta puntualmente a la mayor brevedad posible.

En la aplicación de la mencionada figura, el Juez de Instrucción, se deberá atender siempre a los efectos de autorización de la mencionada figura mediante resolución fundada a la necesidad de la misma a los fines de la investigación. Y ello, conecta, con la exigencia, en relación con la exención de la responsabilidad criminal del agente funcionario policial encubierto de proporcionalidad con la finalidad del Instituto y de las actuaciones delictivas en las que

⁶ Ob. Cit. Pág.18.

podiera incurrir sin que en ningún caso, puedan constituir provocación del delito.⁷

La delimitación en positivo de esta figura, nos lleva a una cuestión anexa, cuales son las técnicas policiales de investigación práctica de la delincuencia organizada que quedan extramuros de la misma y, que nos conducen a una delimitación negativa. Nos referimos a las figuras del informador policial o confidente, esto es, aquellas personas (ciudadanos particulares que por diversas razones o motivaciones colaboran con la organización policial, aportando datos relevantes para la investigación criminal, y ase por pertenecer al entorno en que se investiga, o por que se infiltran expresamente en la organización criminal investigadora. Ello ha sido justamente criticado por diversos estudios máximamente autorizados.⁸

La verdad es que aquí, ha quedado fuera de la regulación de una técnica de investigación de carácter eminentemente policial, prácticamente el grueso de la práctica operativa que en esta materia se emplea cotidianamente por Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, disciplinándose un instrumento que, aún potencialmente máximamente eficaz, resulta ser máximamente disfuncional para los agentes policiales contra la delincuencia organizada. Esto es, en palabras de quienes la utilizan, resulta inseguro, temerario en su uso, carente de respaldo legal, seguro, desechable, difícil de llevar a cabo, incluso perjudicial para el agente, etcétera.

⁷ En relación con esta figura, deben citarse las magistrales obras de Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982; y *Del Agente provocador y del delito provocado*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, problemas de autoría, Madrid, 1994, pág. 333-392.

⁸ Gómez Rodríguez, R.R. *Ob. Cit.* Pág. 70 y ss. Este autor estudia los debates parlamentarios previos al aprobación de la citada Ley, poniendo de relieve que el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unión), apuntó la necesidad de regular este tipo de técnicas de investigación, por ejemplo, el que un miembro de una trama de crimen organizado, por motivos, los que fueren, accede a colaborar con la justicia (confidente policial), apuntando en el mismo sentido aunque de una forma más tímida y, todo hay que decirlo, tosca jurídicamente, el diputado del Grupo Parlamentario Socialista.

Hasta el punto de que se ha llegado a decir que, para los miembros de la delincuencia organizada y sus eventuales reservas resulta fácil probar irregularidades procedí mentales del agente encubierto que pudiera acusarles en orden a invalidar diligencias de prueba e incluso imputar directamente al agente. La conclusión es clara, la falta de seguridad jurídica que en esta materia reina por doquier sobre todo en relación con los agentes policiales que materializan esta figura.⁹

Otras de las críticas que se ha dirigido a la figura en estudio, la constituye el hecho de que se obligue al agente encubierto a comparecer en juicio, descubriendo su identidad de forma menos segura que en el ordenamiento alemán en que, por ejemplo, comparece en juicio el superior jerárquico del agente como testigo de referencia, que cuenta lo que le ha informado su subordinado.¹⁰

En definitiva, concluimos con Gascón Inchausti que, la solución legal adoptada en el artículo 282 bis no es, sin embargo satisfactoria para dar cumplida y acertada a todas las cuestiones que plantea el problema, que el citado autor disecciona magistral y profundamente, acertando desde el principio en que lo que se debe regular es una infiltración policial o de un particular en una organización criminal, no una genérica actividad encubierta solo policial, tan diferente, por escasa, desde el punto de vista operativo policial contra el crimen organizado. Por eso, afirma el autor citado que subyace a la regulación y, así lo pone de relieve el *iter* parlamentario de la Ley Orgánica 5/1999, una total ausencia de rigor en la delimitación de las

⁹ Vid. De Diego Díez, L.A., “Especialidades de la declaración testimonial: Agentes encubiertos, confidentes y testigos de referencia”, en Moreno Catena V. y otros, *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencial y formularios*, Valencia, 2000, pág. 2.

¹⁰ Martínez de Salinas, A.L. *Delincuencia organizada. Instrumentos Internos*, en diario *La Razón*, de 14/10/2002, Tribunal, pág. 4. Este autor afirma con todo acierto que, el agente infiltrado en ETA, desde el primer día, está cometiendo el delito de pertenencia a banda armada; la propia naturaleza de la función hace que deba considerarse expresamente, según el caso, su exoneración de responsabilidad.

funciones que corresponden en nuestro proceso penal a Jueces, Fiscales y mandos de la Policía Judicial.

Las críticas que en el terreno aplicativo se han vertido en relación con esta figura son, por cierto, numerosas y cargadas, en gran medida, de razón. En este sentido, afirma la doctrina especializada que lo que primero llama la atención de la nueva herramienta de lucha contra la delincuencia organizada es la judicialización absoluta de una técnica policial que, hasta entonces, podía discurrir, en la mayor parte de su empleo, con la cobertura que otorgaba el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento criminal citado, bajo el género mandato de llevar a cabo su misión de averiguar los delitos que se cometieren en su territorio o demarcación; y, practicar, según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes.¹¹ Así se afirma que la disposición legal camina en sentido contrario a la eficacia que requiere el trabajo policial, dejándose en manos del Juez la utilización de una herramienta policial que, hasta ese momento operativo e incluso mucho tiempo después, no va a lesionar los derechos fundamentales de nadie, por la sencilla razón de que se está llevando a cabo, generalmente una operación encubierta sin objetivo determinado ni imputación concreta.

Lo cierto es que sobre esta materia esta perspectiva crítica debe incardinarse en una lógica policial orientada a la consideración que los problemas que desde el punto de vista de la eficiencia y de los riesgos para el agente funcionario policial, comporta su utilización. El método de obtención de pruebas que implica esta técnica policial, en la medida en que supone la obtención de determinada información relacionada con personas concretas y que puede ser utilizada en su

¹¹ Gómez Rodríguez, S.R. Ob. Cit. Pág.215.

contra como prueba de cargo en el proceso, basada en el engaño fundamentales de los ciudadanos. Y aunque la admisibilidad de dichas informaciones y su relevancia procesal venga admitida legalmente, en este estudio es necesario comprobar en que medida la colisión entre el interés público en la persecución del crimen versus derechos de las garantías procesales y derechos fundamentales pueden compatibilizarse de forma razonable.

Por tanto y en línea con crítica aplicativa, desde la perspectiva policial citada, que acabamos de apuntar, la expresión legal podrán autorizar (en relación con el Juez o el Fiscal), constituye un retroceso en lo que es y era, facultad innata de la Policía Judicial, puesto que en su cotidiana labor de investigación actúa con múltiples identidades supuestas. Otra cosa cabe plantear cuando el agente encubierto o descubierto precisan una actuación de concreta lesión de derechos fundamentales a un concreto investigado, en ese momento se precisa la autorización judicial para ambos.¹²

Otra objeción crítica siempre de la citada perspectiva policial, la constituye la autorización de la actuación bajo identidad supuesta. Se afirma en este sentido, y ello es irrefutable que ya el anterior Código penal acogía la posibilidad de que la autoridad administrativa otorgará identidades supuestas en caso de necesidad, incluso con mayor amplitud. En efecto el artículo 322 del Código penal franquista de 1973, después de tipificar como delito el uso público de nombre supuesto, podrá ser autorizado temporalmente por la autoridad administrativa que podía extender identidades supuestas era, antes y ahora, por cierto, el Ministerio del Interior.¹³

¹² Gómez Rodríguez, S.R. Ob. Cit. Pág.218.

¹³ Gómez Rodríguez, S.R. Ob. Cit. Pág.219.

Por lo demás, el mandamiento de la identidad supuesta durante el proceso penal, partiendo de que ningún funcionario de la Policía Judicial puede ser obligado a actuar como agente infiltrado resulta una necesidad, pues si el ordenamiento lo garantiza adecuadamente, la integridad física tanto del agente como la de su familia, mediante dicha medida, difícilmente pueden encontrarse funcionarios dispuestos a realizar dicho tipo de actividad. Amen de la costosa y sacrificada formación que exige la técnica de la infiltración y la dureza de las condiciones de su desarrollo.¹⁴

Como posteriormente desarrollaremos, ni siquiera esta simple medida de seguridad del agente policial, se haya exenta de críticas desde una perspectiva radicalmente diversa, cual es la de las garantías. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 20 de Noviembre de 1989, caso Kostovski, in admite que la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga, o indigna de crédito y no podrá demostrarlo sino tiene información que le permitan fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda. En la misma línea la Sentencia de idéntico Tribunal del 27 de Septiembre de 1990, caso Windich, que afirma que al ignorar la identidad de los testigos la defensa sufrió un handicap casi insuperable: no dispuso de los datos necesarios para controlar la credibilidad de los testigos o lanzar dudas sobre los mismos.

Pero volviendo a la crítica, siempre desde el lado de la gente policial, el que se autorice la identidad supuesta de forma potestativa o

¹⁴ En este sentido, el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, establece que durante el período de instrucción el Juez, al objeto de preservar la identidad de los testigos y peritos, podrán acordar que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir par ala identidad de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

facultativa (podrían mantener dicha identidad cuando testifiquen), no deja de ser uno de los rasgos negativos, en su caso definitorios de la figura en exceso abierta desde un plano normativo y, por tanto, insegura desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Ello ha llevado a las siguientes consideraciones críticas por la parte de la doctrina especializada: La simple amenaza de que, en su día, y por exigencia o capricho judicial, pudiera verse obligado a decirla en su propia identidad, es un elemento tan distorsionado que produce sonrojo por lo que conlleva: que cuando se legisló no se pensó, ni un minuto que es una organización criminal; que es un agente encubierto que la puede destruir; ni menos, qué potencial de venganza tienen las organizaciones criminales de nivel elevado, que manejan bases de datos cada búsquedas tan potentes o más que las policiales.¹⁵

Desde una perspectiva estrictamente jurídico-procesal sin que ello suponga que las anteriores consideraciones no lo sean, pero si más atenta a la dimensión constitucional que comporta esta figura, debe poderse de relieve que desde una posición metódica viene a ser, en esencia, el fin único de la mentada categoría: esto es, la obtención de pruebas de cargo que en el proceso pueden resultar utiliza los efectos de determinación del delito que en el contexto de la delincuencia organizada se haya cometido y de sus criminalmente responsables. Como esquematiza algún autor, este acceso de la información al proceso penal puede producirse a su vez, de dos formas: bien directamente, esto es, llevándole en cuanto tal al juicio oral, normalmente, a través de la declaración como testigo del policía infiltrado, bien porque las informaciones obtenidas por el policía, una vez comunicadas al órgano jurisdiccional o a la propia policía judicial,

¹⁵ Gascón Inchausti, Ob. Cit. Pág. 85.

son la fuente que conduce a otras pruebas, obtenidas no ya por el agente encubierto, sino normalmente, por otras policías.

Sin ninguna duda, ello nos lleva a concluir que en gran medida, la figura, al menos participa de una naturaleza jurídica incuestionable, esto es, que se trata de una diligencia de investigación o sumarial juridificada. Sin perjuicio claro es, de que debajo de su cobertura se instalen comportamientos estrictamente preventivos desde un ángulo policial aunque ellos supongan a su vez, que en parte dicha figura pueda cobrar el antecedente relieve sumarial con relación a delito que se han cometido pero que resultan instrumentales respecto de otros que se previenen.

Por ejemplo, en el delito de terrorismo que puede prevenirse con la utilización con el agente de la figura encubierta, resultan ser instrumentales otros delitos menores como el robo, utilización de matricula falsa, etc. En estos casos, el agente encubierto participa de una doble naturaleza como técnica policial de prevención del delito y como diligencia policial de investigación judicial.