

EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ITALIANO, UN ACERCAMIENTO DESDE EL
PUNTO DE VISTA PROCESAL

*THE UNDERCOVER AGENT IN THE ITALIAN LEGAL ORDER,
AN APPROACH FROM A PROCEDURAL POINT OF VIEW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 398-441



Susana
SÁNCHEZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: En este artículo se relata la evolución normativa que ha tenido la figura del agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano. Posteriormente, analizo su vertiente como diligencia de investigación en la instrucción del proceso penal y para ello específico las personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas, describo la autorización que deben obtener, la información que deben aportar al proceso así como la duración que pueden tener sus operaciones. Delimito su ámbito de actuación, expongo los delitos que pueden investigar, las actividades que pueden realizar y explico su posible exención de responsabilidad criminal. Una vez analizada la primera de sus vertientes o roles en el proceso penal, expongo la segunda, que es constituir un medio probatorio y una fuente de pruebas en el juicio oral, analizando para ello la testifical del encubierto y el resto de medios probatorios que aporta el agente encubierto al proceso. Por último, me centro en el agente encubierto virtual en Italia relatando sus principales características y funciones.

PALABRAS CLAVE: Agente encubierto; delincuencia organizada; proceso penal italiano; diligencia de investigación; prueba testifical; medios probatorios.

ABSTRACT: *This article describes the regulatory evolution of undercover agents in the Italian legal system. Later, I analyse its role as an investigative measure in criminal proceedings, specifying the persons who may be involved in undercover activities, describing the authorisation they must obtain, the information they must provide to the prosecution and the duration of their operations. I delimit their scope of action, outline the crimes they can investigate, the activities they can carry out and explain their possible exemption from criminal liability. Once the first of its aspects or roles in the criminal process has been analysed, I will explain the second, which is to constitute a means of proof and a source of evidence in the oral trial, analysing the testimony of the undercover agent and the rest of the means of proof that the undercover agent brings to the process. Finally, I focus on the virtual undercover agent in Italy by outlining his main characteristics and functions.*

KEY WORDS: *Undercover agent; organised crime; Italian criminal procedure; investigative diligence; testimonial evidence; means of evidence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REGULACIÓN LEGAL.- III. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL.- 1. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia.- 2. Autorización de las actividades encubiertas, información al Juzgado y duración.- 3. Ámbito de actuación de los agentes encubiertos en 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.- B) Delitos que puede investigar.- C) Actividades que puede realizar el agente encubierto.- D) Exención de la responsabilidad criminal del agente encubierto.-* IV. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO Y COMO FUENTE DE PRUEBAS.- 1. El agente encubierto como medio probatorio: su prueba testifical.- 2. El agente encubierto como fuente de pruebas: los resultados de la actividad encubierta.- V. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN ITALIA.- 1. Autorización e información del agente encubierto informático.- 2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático.- 3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Para entender la figura del agente encubierto en Italia es necesario comprender que 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.

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.

En la actualidad, 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 mercantiles 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

• Susana Sánchez González

Doctora en Derecho por la Universidad de Granada y por la Universidad de Bolonia Alma Mater Studiorum (Italia), tesis realizada en el marco de una cotutela internacional entre la Universidad de Granada y la Universidad de Bolonia gracias a la beca Santa Catalina de Bolonia del Real Colegio de España formando parte de la primera promoción de mujeres que acceden a esta prestigiosa institución. Máster Universitario en criminalidad e intervención social con menores. Correo electrónico: susanasanchez@correo.ugr.es.

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 otros¹. 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 víctimas², como bien podemos observar en su última ley de protección de colaboradores de la justicia del año 2001³, 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*, la *Casamonica*. 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 mafia⁴. 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

1 JORDA SANZ, C.: "La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta", *Revista Real Instituto Elcano*, núm. 51, 2021, pp. 1-8.

2 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.

3 *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.

4 La misma se ocupa de ayudar a las víctimas en los procesos penales y emprenden la acción civil contra la mafia en dichos procesos, además ofrecen ayuda económica a las víctimas.

a la mafia comprometiéndose a apoyarse entre los mismos para no caer en las extorsiones mafiosas⁵.

En este contexto, la utilización de medios 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. De esta forma surge y continúa existiendo la figura del agente encubierto que es un funcionario policía que accede a infiltrarse en una organización criminal con el fin de obtener indicios, pruebas para aportarlos al proceso y ayudar a la investigación con la doble finalidad de que posteriormente, en las sesiones de juicio oral constituirá una prueba en sí misma, la testifical del encubierto. Se trata de una figura procesal excepcional y muy peligrosa que es necesario analizar de manera pormenorizada en relación con el proceso penal italiano, a ello dedicamos este artículo.

II. REGULACIÓN LEGAL.

Como exponíamos, 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 ha sido recogida en normativas diversas de manera heterogénea a lo largo de los años⁶. De manera que desde los años noventa se ha ido evolucionando desde una regulación sectorial hasta tener, lo que hoy se conoce como *el estatuto de las operaciones encubiertas*⁷. 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 tossicodipendenza⁸.

5 JORDA SANZ, C.: "La importancia de la resistencia", cit., p. 6.

6 CATERINI, M., ROCCA, M.: "L'agente sotto copertura al limite della provocazione", núm. 1, *Ordines*, 2022, pp. 164-192, FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Italia, 2021, pp. 1-25, ROSS, J.: "Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, núm. 1, 2020, pp. 1-24, 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.

7 Aunque en puridad, no se trata de una norma estatutaria, sino que es una ley conocida como estatuto de las operaciones encubiertas.

8 En español, Ley n° 62 de 26 de junio de 1990 que actualiza, modifica y completa la Ley n° 685 de 22 de diciembre de 1995 que regula los estupefacentes y las sustancias psicotrópicas, la procedencia, el

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 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 1999⁹.

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 responsabilidad criminal, pero no para realizar otras conductas prohibidas. Posteriormente, la jurisprudencia amplió estas actividades a la tenencia, el transporte, exportación e importación de sustancias estupefacientes.

Esta norma determina que la adquisición simulada de estupefacientes debe estar 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 exigencia del cumplimiento de un deber, y por ello no habría antijuricidad en su comportamiento, no sería punible. Hemos de destacar que posteriormente también se extendió tal antijuricidad a todas aquellas actividades que pueda realizar el agente policía con estrecha relación al tráfico de sustancias estupefacientes.

Así, si el agente encubierto ha actuado de acuerdo a la ley entrará en el proceso penal y será tratado como un testigo, de lo contrario no se le podrá tratar como testigo, no se le podrá aplicar la exigencia legal y entrará como coimputado en

tratamiento y la rehabilitación de la toxicomanía. Otros ejemplos sobre la regulación del agente encubierto en países europeos los podemos encontrar en Alemania con la Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes 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*).

9 Con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero.

el proceso penal italiano. 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 tal¹⁰.

A la luz de esta norma que analizamos, 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)¹¹.

*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*¹².

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-Legge de 8 de junio de 1992, n.306 Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*¹³.

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 *quáter* 1 y 2 de esta norma justifican las actuaciones de los agentes de la policía judicial o de la Direzione 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 delitos¹⁴.

10 Algo que, como apunta el profesor GASCÓN INCHAUSTI 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*, Comares, Granada, 2001, p. 49; y PETRELLA, M.: "L'acquisto simulato di droga. Art. 97", en AA.VV.: *Le sostanze stupefacenti* (coord. G. INSOLERA), Giuffrè Francis Lefebvre, Turin, 1998, pp.349-351.

11 En Italia, el antecesor del agente encubierto es el agente provocador.

12 En español: Ley n° 82, de 15 de marzo de 1991, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley n° 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.

13 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

14 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

*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*¹⁵.

Más adelante en el tiempo, encontramos esta cuarta norma de referencia que prevé la utilización del agente encubierto en la investigación de explotación sexual, pornografía ilegal, turismo sexual en perjuicio de los menores, concretamente su art. 14. Por lo tanto, 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 red¹⁶.

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 encubierto¹⁷.

*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*¹⁸.

Esta ley también prevé la posibilidad de autorizar esta diligencia de investigación para estos delitos.

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.

- 15 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.
- 16 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.
- 17 Pero, a la luz de GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial*, cit., p. 53. A pesar de ello, seguía siendo una regulación "incompleta y sectorial" opinión a la que nos sumamos.
- 18 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.

*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*¹⁹.

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 transnacional²⁰ y el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños²¹ 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”.

De acuerdo con CATERINI y ROCCA efectivamente, consideramos que esta norma unificó la regulación de esta figura que estaba muy fragmentada y era incompleta.²² 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 *Codice Penale* (en adelante, 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,

19 En español: Ley n° 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.

20 De 15 de diciembre del 2000, también llamada Convención de Palermo.

21 Adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.

22 CATERINI, M., ROCCA, M.: “L'agente sotto copertura”, cit., p. 166.

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 materia²³.

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 art. 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 Legge 9 ottobre 2023, n. 137 (in G.U. 09/10/2023, n.236) que 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 l 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, alteren 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

23 FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", cit., p. 19, porque según el apartado II 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.

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 arts. 51.3-*bis* y 3-*ter* y 371-*bis*.4-*bis* su *Codice di Procedura Penale* (en adelante, 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 art. 51, apartados 3-*bis* y 3-*quáter*, y 371-*bis*, apartado 4-*bis*, del Código de Procedimiento Penal, 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 segreto*²⁴ 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 el agente encubierto ya que los servicios de inteligencia comparten algunas características y rasgos definitorios con el agente encubierto, entre las más paradigmáticas, el secreto en sus actuaciones. 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 que 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*

24 En español: Ley n° 124 de 3 de agosto de 2007, Sistema de Información para la Seguridad de la República y nueva normativa sobre el secreto.

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.

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 excepcional 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 séptimo del mismo art. 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 art. 24 de la ley que analizamos habla sobre la identidad encubierta que, al igual que sucede con los agentes encubiertos, 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, 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 I, 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 I. 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 y sociedades de cualquier otra 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 art. 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, pero también con muchos parecidos. Además, en el ordenamiento jurídico italiano existe un reglamento que desarrolla más específicamente el régimen del personal de los servicios secretos italianos²⁵. También cuentan con regulación sobre los secretos, como ocurre en España con la ley de secretos oficiales²⁶.

*Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*²⁷.

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 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

25 Nosotros abogamos porque se publique tanto en Italia como en España un reglamento de las operaciones encubiertas tomando como ejemplo el reglamento de los servicios secretos italianos.

26 Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

27 Ley n° 136 de 13 de agosto de 2010. Plan extraordinario contra las mafias, así como delegación en el Gobierno en materia normativa antimafia.

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 legitimado²⁸. 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 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.

28 Como podemos observar en DI BUGNO, C.: "Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998", *Legge Pendole*, núm. 19, 1999, p. 157. En el ordenamiento jurídico italiano también se trata de una petición razonada de la policía judicial.

También se añade en el art. 115 un apartado 1 *bis* por el cual las anotaciones previstas en el art. 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 art. 9 de la Ley 146/2006, deberán contener los datos encubiertos utilizados por éstos en el curso de dichas actividades. Además, 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 politici*²⁹.

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 organizada³⁰. 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

29 Ley nº 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.

30 Algo que no es posible en España dado que el apartado uno y cuatro del art. 282 *bis* LECrim limitan el ámbito de actuación de los agentes encubiertos tanto físicos o tradicionales como virtuales a los delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada y dentro de éstos solamente a los delitos expresamente recogidos en la lista *numerus clausus* del apartado cuatro del mismo art. 282 *bis* LECrim. Aclaremos aquí que en España el único artículo que podemos encontrar en la LECrim sobre el agente encubierto es el 282 *bis*, destacar también que en la actualidad es el único artículo de una ley española que regula esta figura. Hoy en día, las operaciones encubiertas carecen de regulación legal pormenorizada en España.

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 delitos³¹.

III. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL.

I. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia.

Como ocurre en España, en Italia no todos los funcionarios policías 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 policías 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

31 IELO, P.: "L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pp. 1-4, disponible en

*Polizia di Stato*³² del Cuerpo de Carabinieri³³ y del Cuerpo de Policía Financiera³⁴, 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 del terrorismo, en el curso de operaciones policiales específicas, también los policías intermediarios y asociados.

En España, el art. 282 bis de la LECrim 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, 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.³⁵ 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 cabo³⁶.

32 Más profundamente sobre la misma BOCCHINO, M. C.: "Il Servizio centrale operativi della Polizia di Stato (SCO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, vol. III - Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 255-285.

33 Más profundamente PARENTE, M.: "Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)", en AA. VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 255-257.

34 Con más profundidad MAGLIOCCO, G.: "Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 293-296.

35 AMATO, G. C.: "Le specifiche attività di polizia giudiziaria, in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti", en AAVV.: *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (coord. A. CAPUTO E G. FIDELBO), Giappichelli, Torino, 2012, p. 506.

36 COTTI, G.: "Operazioni Sotto Copertura", cit., p.152.

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 la debida autorización 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 italianos³⁷.

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 protagonizar la operación encubierta. Por ejemplo, un funcionario de la *Polizia Penitenziaria* que en el trascurso 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 encubiertas³⁸.

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 explorativas³⁹. Es necesario, como en España, que existan suficientes indicios fundados de criminalidad, también para evitar la provocación del delito.

37 Como podemos observar en DELLA MONICA, G.: "Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 61, 1993, pp. 261-262. También AMATO, G. C.: "Le specifiche attività", cit., p. 506.

38 LANDOLFI, A.: "L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie. Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone", vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 71°, 1994, p. 181.

39 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", en AA.VV.: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, (coord. V. CUBAS VILLANUEVA y M. A. GIRAOLISIDRO), Instituto Pacífico, Madrid, 2016, p. 137.

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, núm. 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 núm. 309, de 9 de octubre de 1990.

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 en el que, en virtud del apartado uno del art. 282 bis el Fiscal también puede autorizar a los agentes encubiertos tradicionales, los físicos⁴⁰ a protagonizar actividades encubiertas dando cuenta inmediata al Juez de instrucción y el agente que se haya autorizado y realice la operación encubierta informará al Juez que instruya la causa⁴¹.

40 Y no a los agentes encubiertos virtuales, en la actualidad el Ministerio Fiscal español no puede autorizar la actuación de un agente encubierto virtual o informático, en virtud del art. 282 bis, apartado seis.

41 "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

Hemos de destacar que, según VICOLI aún no se han fijado unos criterios orientativos para valorar si es oportuno o no autorizar la investigación de un agente encubierto al seguir tratándose de una técnica especial de investigación⁴².

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, art. 282 *bis* apartado uno.

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.

Normalmente, el ámbito de actuación de los agentes encubiertos en Italia es la delincuencia organizada 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.

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 enjuiciados⁴³.

En la actualidad, como ya adelantamos, en virtud de la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 los delitos que pueden ser investigados con agentes encubierto en Italia son los delitos previstos en su 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

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”.

42 VICOLI, D., BIRAL, M.: “La regulación de las operaciones”, cit., p. 140.

43 Corte di Cassazione, Sezione III, 3 de dicembre 2001, n. 5397.

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 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 art. 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 investigar⁴⁴. Sin lugar a dudas, el 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 español⁴⁵.

C) Actividades que puede realizar el agente encubierto.

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

44 BARROCU, G.: *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 35 y ss. Con más profundidad sobre la evolución histórica del marco normativo.

45 Que solo puede investigar los recogidos en el apartado cuatro del art. 282 bis LECrim cuando se perpetren en el seno de la delincuencia organizada. Los mismos son: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el art. 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el art. 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

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 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.I 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.I 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 I 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 investigación⁴⁶.

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 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

46 ZAPPULLA, A.: "Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafia)", *Legislazione penale*, núm. 4, 2010, p. 452. Este autor determina que esto conlleva un riesgo y es que se autoricen demasiadas operaciones encubiertas.

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, al igual que el ordenamiento jurídico español⁴⁷, 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

⁴⁷ Como podemos observar en el art. 282 bis apartado cinco de la LECrim, “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”.

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 ilícitos⁴⁸. La exención de responsabilidad en Italia también se les aplicaría a los agentes auxiliares de la policía judicial⁴⁹.

Como hemos adelantado, 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 que como hemos dicho, prevé también la posible exención de la responsabilidad criminal de los agentes auxiliares de la policía judicial.

En este caso, consideramos acertada la regulación española en cuanto a la posible exención de responsabilidad criminal de los agentes encubiertos 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 siempre 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 no en el virtual al agente encubierto, porque en el plano virtual los agentes encubiertos asumen menos riesgos dada la no inmediatez de las operaciones encubiertas en la red.

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 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

48 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 135.

49 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 141.

perjudiquen las operaciones encubiertas revelando o divulgando indebidamente los nombres de los funcionarios o agentes de la policía judicial. En el ordenamiento jurídico español no existe tal posibilidad cosa que animamos al legislador español a contemplar en próximas reformas legislativas.

IV. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO Y COMO FUENTE DE PRUEBAS.

I. El agente encubierto como medio probatorio: su prueba testifical.

En España, al igual que sucede en Italia 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, 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 una prueba de naturaleza testifical cuyo valor probatorio puede incluso llegar a ser de prueba de cargo.

Tras las investigaciones realizadas, hemos observado que en Italia existe un debate latente entorno a este medio probatorio 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 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 y/o que escuchó de los investigados en su presencia, algo que parece desnaturalizar esta medida de investigación. El art. 62 del mismo código trata de salvaguardar el derecho al silencio del imputado en sede de procesal, esto es, en ocasión de un acto de procedimiento⁵⁰ 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 habrían ocurrido anteriormente, declaraciones mientras se realizan determinadas conductas y declaraciones sobre los futuros ilícitos que llevarían a cabo. La Corte di Cassazione

50 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p.148.

ya en el 1997⁵¹ 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 prohibidos⁵².

Las declaraciones espontáneas que realicen los investigados en presencia del agente encubierto sí que, posteriormente, contadas por el agente encubierto constituirán prueba⁵³ 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 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”⁵⁴ 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 investigados⁵⁵.

Por otra parte, otra de las cuestiones controvertidas entorno al agente encubierto como medio probatorio es que, como ocurre en cualquier Estado, que el agente encubierto acuda a las sesiones de juicio oral a declarar como testigo 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

51 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.

52 Doctrina en este sentido, más profunda BELLARDINI, M.: “Note in teme di testimonianza dell’agente provocatore”, *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 1999, p. 140 y PUGLISI, R.: “Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova”, *Cassazione penale*, núm. 7-8, 2009, pp. 2967-2968.

53 Postura que apoya la doctrina mayoritaria, sirva como ejemplo CAPRIOLI, F.: *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 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”, *Cassazione Penale*, núm. 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”, *Archivio della nuova procedura penale*, núm. 4, 2002, p. 284.

54 BALSAMO, A.: “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2663.

55 GAETA, P.: “Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)”, en AA.VV.: *Giusto processo nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001)* (coord. P.TONINI), Cedam, Padova, 2001.p. 275.

encubierto además de desempeñar su labor de medida de investigación constituya una prueba testifical⁵⁶. 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 permite a los agentes encubiertos mantener su identidad falsa cuando testifiquen en el proceso, sin embargo, el legislador español lo supedita a la previa autorización judicial⁵⁷ 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. En cambio, hemos de resaltar que en el ordenamiento jurídico español a diferencia del italiano el resto de policías que coadyuvan la operación encubierta no se prevé que puedan mantener la identidad ficticia, porque no se contempla la posibilidad de obtenerla sin pasar a ser otro agente encubierto.

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 diligencia de investigación del agente encubierto haya sido autorizada por el Juez de instrucción en lugar de por el Ministerio Fiscal⁵⁸. Nos parecen disposiciones muy escuetas que dejan muchos aspectos sin resolver:

56 Remarcar aquí que no podemos desperdiciar ningún tipo de prueba para luchar contra las organizaciones criminales porque los ilícitos que perpetran son tan graves y sus investigaciones son tan complejas y peligrosas que conseguir probar dichos ilícitos se torna cada día más difícil.

57 El apartado dos del art. 282 *bis* concretamente dice que “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”.

58 A la luz del apartado uno del art. 282 *bis* LECrim que establece que el agente encubierto puede ser autorizado por el Juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal dando inmediata cuenta al Juez de instrucción pero no

Por otra parte, la LECrim en el apartado dos del art. 282 *bis* sí que prevé expresamente que se les pueda aplicar la legislación de testigos protegidos española, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, 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.

Por otra parte, tenemos que fijarnos en el art. 147, comma 1-*bis* disp. att. CPP, 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 *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 conainterrogatorio con arreglo al art. 194, apartado 2 del CPP.

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, hay que tener en cuenta que en Italia al igual que ocurre en España, los agentes encubiertos no son arrepentidos ni confidentes sino policías, funcionarios independientes y debidamente formados para no dejarse corromper. Por último, es preciso señalar que, las partes en el proceso penal italiano pueden conocer al menos la identidad falsa del agente encubierto, la identidad ficticia la que conocieron cuando el agente encubierto investigaba cuando deba declarar el agente encubierto en las sesiones orales del

establece que el Juez de instrucción deba informar a la fiscalía, "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".

proceso penal italiano, luego no se produce el anonimato.⁵⁹ De esta forma, el agente encubierto en el proceso penal italiano también es un testigo especial y puede estar oculto por las medidas de protección visuales que se decidan utilizar cuando deba declarar como ocurre en España, pero puede no ser un testigo anónimo porque el ordenamiento jurídico italiano sí que prevé la posibilidad de revelar al menos la identidad falsa o supuesta que conocieron las partes cuando vaya a testificar.

2. El agente encubierto como fuente de pruebas: los resultados de la actividad encubierta.

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.⁶⁰ 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 de la ley n. 146/2006, pues bien, éstas sí que pueden ser valoradas como prueba en el proceso penal italiano⁶¹.

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

59 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", *Cassazione penale*, núm. 12, 2006 p. 3008. MAFFEI, S.: "Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione penale*, núm. 5, 2003, pp. 1696-1700.

60 Como también podemos apreciar en la sentencia de la Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

61 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.

medios probatorios no podrán ser valorados ni tenidos en cuenta por los jueces italianos en virtud del art. 191 CPP⁶². 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 jueces⁶³. 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 CP⁶⁴.

Por su parte, en la jurisprudencia italiana observamos que los medios probatorios ilícitos, no constituirán prueba al ser ilegales, 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 el art. 9⁶⁵. 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 tenida en cuenta y valorada por el juzgador, porque sería ilícita.

V. 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 o estupefacientes, 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. Podemos decir que la mafia también ha conquistado internet y la utiliza a su antojo.

62 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 inutilidad se detecta en cada estado o grado del procedimiento. Solamente podrían constituir el punto de partida para otra investigación.

63 PIATTOLI, B.: "Agenti provocatori, indagini «undercover» e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione", *Diritto Penale e Processo*, núm. 5, 2013 p. 568. TAMIETTI, A.: "Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, núm. 9, 2002, pp. 2921 y ss.

64 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 136. Y como podemos observar en la sentencia de la Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

65 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. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 143.

En el entorno virtual siguen estando vigentes todos los derechos y las garantías de los investigados, llegándose a hablar de “domicilio informático”⁶⁶, 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, entre otros. El agente encubierto informático sigue siendo una diligencia de investigación muy invasiva y aunque su actuación se lleve a cabo de manera mediata, en la red, todo es inmediato. Pues bien, el ordenamiento jurídico italiano también prevé la existencia de un agente encubierto informático o virtual 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 limitaciones⁶⁷.

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 y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de esclavitud⁶⁸ en su art. 14.2 se hacen posibles las operaciones encubiertas en internet⁶⁹, esta ley, según TROISI tiene un papel pionero en el planteamiento y regulación de las operaciones encubiertas en internet⁷⁰.

66 Como podemos observar en SIGNORATO, S.: *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 49 ss.

67 De hecho, en España el legislador español solo le dedica un apartado, el seis del art. 282 bis LECrim que dice expresamente “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”.

68 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.

69 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”.

70 TROISI, P.: “Operazioni Digitali Sotto Copertura”, en AA.VV.: *Le indagini atipiche* (coord. A. SCALFATI), Giappichelli, Italia, 2019, p. 624.

Fue en el 2006, con la Legge 16 marzo 2006, n. 146 cuando se positiviza expresamente 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.⁷¹ 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 se positiviza en el 2015⁷².

Desarrollémoslo:

I. Autorización e información del agente encubierto informático.

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 o tradicional 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 debe comunicarlo previamente a la autoridad judicial competente de la investigación⁷³.

71 TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 628.

72 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.

73 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,

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 internet⁷⁴. 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 nula⁷⁵.

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 prospectiva⁷⁶. La Fiscalía, será informada del inicio de las actividades y constantemente 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 físico⁷⁷. La cláusula de reserva del art. 51 del CP 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.

2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático.

Los funcionarios de policía que pueden ser agente encubierto tradicional, físico también pueden ser agentes encubiertos informáticos en Italia. Además, el art. 14.2

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”.

74 BELLAGAMBA, F.: *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 212.

75 Como podemos observar en Corte di Cassazione, sezione III, 3 dicembre 2001, n. 5397.

76 MELILLO, G.: “Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo”, en AA.VV.: *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, (coord. G. DI CHIARA), Giappichelli, Torino, 2003, p. 52.

77 TROISI, P.: “Operazioni Digitali”, cit., p. 634.

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.

3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático.

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 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, apartado seis del art. 282 *bis* LECrim.

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 informático⁷⁸. Autores como DI BUGNO determinan que para las investigaciones de delitos de pornografía infantil debe ser “un material especialmente atractivo para potenciales pedófilos”⁷⁹. 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 de menores protagonizando conductas fuertemente lesivas de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal sustantivo.

⁷⁸ Como podemos observar en Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

⁷⁹ En DI BUGNO, C.: “Commento all’art. 14”, cit., p. 155.

Es importante resaltar que el agente encubierto informático no tiene que documentar sus actividades y hallazgos en actas como sí que sucede en España⁸⁰, la literatura dogmática y jurisprudencial italiana 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 virtual⁸¹. Además, no lo establece el art. 357.2 CPP. Lo que se suele hacer, según VENDIUS⁸² 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 sigue la doctrina del TEDH sobre la provocación del delito⁸³. 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 penales⁸⁴ y en la motivación que hace el tribunal interno para autorizar la operación encubierta fijándose especialmente en si se establece que el demandante ha cometido un delito antes de que se inicie la actuación encubierta.

En la jurisprudencia italiana, 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 España⁸⁵. Según Sessa se deben realizar conductas pasivas sin carácter instigador⁸⁶.

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

80 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.

81 Como podemos ver, por ejemplo, en TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 664, BARROCU, G.: *Le indagini sotto*, cit., p. 155, también en Corte di Cassazione Sezione I, 17 ottobre 2006, n. 41281.

82 VENDIUS, T.T.: "Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet", *European Review of Organised Crime*, núm. 2, 2015, p. 13.

83 Como podemos ver en TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 663.

84 Sentencias como STEDH 26 de marzo 2015 (Tol 6407299) 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...".

85 Por ejemplo, lo podemos apreciar en Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.

86 Sessa, A.: *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 355 e 372.

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 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 proceso⁸⁷. 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. 56086⁸⁸.

VI. CONCLUSIONES.

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, con figuras como la del agente encubierto se trata de combatir esta realidad. El ordenamiento jurídico italiano 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 la desarrollan y que regulan su actividad de forma más específica que en España.

El legislador italiano ha desarrollado y regulado su actividad de forma más extensa y profunda que en España, aun así, autores como SCALFATI, SESSA y TROISI⁸⁹ determinan que en Italia actualmente falta una disciplina procesal completa de este tipo de investigación, en la que se identifiquen, entre otras cuestiones, unos presupuestos fácticos por los que se podría recurrir la decisión que acuerde esta medida de investigación.

Finalmente, pensamos que 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 de los enjuiciados, las garantías de defensa y las sanciones procesales en caso de incumplimiento. Esto, según el estudio jurisprudencial realizado, 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

87 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.

88 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.

89 SCALFATI, A.: *Principi*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 25. SESSA, A.: *Le giustificazioni*, cit., p. 348. TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 662.

ponderará. La doctrina italiana solicita una más adecuada regulación 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 comisión del delito y el alcance de cualquier incitación o presión ejercida. En definitiva, la investigación bibliográfica-documental realizada revela que aún existen lagunas jurídicas en su regulación legal, como hemos expuesto. Del estudio de esta figura en Italia concluimos que la doctrina dogmática y jurisprudencial solicita una reglamentación pública y completa de las actividades encubiertas.

BIBLIOGRAFÍA

AMATO, G. C.: "Le specifiche attività di polizia giudiziaria, in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti", en AAVV.: *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (coord. A. CAPUTO E G. FIDELBO), Giappichelli, Torino, 2012.

BALSAMO, A.: "Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea", *Cassazione penale*, núm. 12, 2006.

BALSAMO, A.: "Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, núm. 6, 2008.

BARROCU, G.: *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011.

BELLAGAMBA, F.: *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007.

BELLARDINI, M.: "Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore", *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 1999.

BOCCHINO, M. C.: "Il Servizio centrale operativi della Polizia di Stato (SCO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, vol. III - Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

CAPRIOLI, F.: *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Giappichelli, Torino, 2000.

CATERINI, M., ROCCA, M.: "L'agente sotto copertura al limite della provocazione", *Ordines*, núm. 1, 2022.

COTTI, G.: "Operazioni sotto copertura e garanzie procedimentali", *Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale*, Dir. Orlandi, R., Università di Bologna, 2018.

DELLA MONICA, G.: "Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 61, 1993.

DI BUGNO, C.: "Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998, *Legge Penale*, núm. 19°, 1999.

FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Italia, 2021.

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", *Archivio della nuova procedura penale*, núm. 4, 2002.

GAETA, P.: "Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)", en AA.VV.: *Giusto processo nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001)* (coord. P. TONINI), Cedam, Padova, 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.

ILO, P.: "L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

JORDÁ SANZ, C.: "La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta", *Revista Real Instituto Elcano*, núm. 51, 2021.

LANDOLFI, A.: "L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie. Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone", vol. III, Tecniche di investigazione su particolari figure di reato", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 71, 1994.

MAFFEI, S.: "Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione penale*, núm. 5, 2003.

MAGLIOCCO, G.: "Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. LADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

MELILLO, G.: "Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo", AA.VV.: *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, (coord. G. DI CHIARA), Giappichelli, Torino, 2003.

PARENTE, M.: "Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. LADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

PETRELLA, M.: "L'acquisto simulato di droga. Art. 97" en AA.VV.: *Le sostanze stupefacenti* (coord. G. INSOLERA), Giuffrè Francis Lefebvre, Turin, 1998.

PIATTOLI, B.: "Agenti provocatori, indagini «undercover» e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione", *Diritto Penale e Processo*, núm. 5, 2013.

PUGLISI, R.: "Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova", *Cassazione penale*, núm. 7-8, 2009.

ROSS, J.: "Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, núm. 1, 2020.

SCALFATI, A.: *Principi*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2018.

SESSA, A.: *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Esi, Napoli, 2018.

SIGNORATO, S.: *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

TAMIETTI, A.: "Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, 2002, núm 9°.

TROISI, P.: "Operazioni Digitali Sotto Copertura", en AA.VV.: *Le indagini atipiche* (coord. A. SCALFATI), Giappichelli, Italia, 2019.

VENDIUS, T.T.: "Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet", *European Review of Organised Crime*, núm. 2, 2015.

VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", en AA.VV.: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia* (coord. V. CUBAS VILLANUEVA y M. A. GIRAQ ISIDRO), Instituto Pacífico, Madrid, 2016.

ZAPPULLA, A.: "Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafie)", *Legislazione penale*, núm. 4, 2010.

JURISPRUDENCIA

STEDH 26 marzo 2015 (*Tol* 6407299).

Corte di Cassazione, Sala IV, 24 aprile 1997, n. 5829.

Corte di Cassazione, Sezione III, 3 de dicembre 2001, n. 5397.

Corte di Cassazione, Sezione III, 8 maggio 2003, n. 39706.

Corte di Cassazione, Sezione III, 29 aprile 2004, n. 24000.

Corte di Cassazione, Sezione III, 16 giugno 2004, n. 32435

Corte di Cassazione, Sezione III, 5 maggio 2004, n. 37074.

Corte di Cassazione, Sezione III, 28 gennaio 2005, n. 13500

Corte di Cassazione Sezione I, 17 ottobre 2006, n. 41281.

Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

Corte di Cassazione, Sezione III, 3 giugno 2008, n. 26763.

Corte di Cassazione, Sezione II, 25 de settembre de 2008, n. 40036.

Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

Corte di Cassazione, Sezione III, 18 marzo 2009, n.39456.

Corte di Cassazione, Sala IV, de 11 giugno 2009, n. 41799.

Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

Corte di Cassazione, Sezione III, 24 novembre 2010, n. 45571.

Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.

