

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14000 Pleno. Sentencia 87/2024, de 4 de junio de 2024. Recurso de amparo 4949-2021. Promovido por don Alirio Ramón León Viloría respecto de las sentencias de las salas de lo Penal del Tribunal Supremo, de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Audiencia Provincial que le condenaron por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: prueba aportada por agente encubierto que no afecta a la intimidad y habiendo mediado el adecuado control judicial. Votos particulares.

ECLI:ES:TC:2024:87

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4949-2021, promovido por don Alirio Ramón León Viloría, representado por la procuradora de los tribunales doña María Cristina Benito Cabezuelo y asistido por el abogado don Víctor Fernández de Lucas, contra la sentencia núm. 503/2021, de 10 de junio, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que confirma la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 335/2020, de 25 de noviembre, que confirma a su vez la sentencia condenatoria dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 280/2020, de 17 de julio. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 19 de julio de 2021, la procuradora de los tribunales doña María Cristina Benito Cabezuelo, en nombre y representación de don Alirio Ramón León Viloría, interpuso recurso de amparo contra las sentencias que han sido mencionadas en el encabezamiento.

2. Son antecedentes procesales relevantes para su resolución, los siguientes:

a) El grupo XVIII de la sección de estupefacientes de la Unidad Central de Droga y Crimen Organizado (UDYCO), perteneciente a la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, mediante oficio de 22 de enero de 2019, solicitó la apertura de diligencias de investigación y la habilitación de tres agentes encubiertos.

A través del oficio puso en conocimiento de la Fiscalía Especial Antidroga que había recibido notificación de alta fiabilidad por parte de la sección de agentes encubiertos de la UDYCO, de la Comisaría General de Policía Judicial, alertando sobre la presencia de

una importante organización criminal de ciudadanos de origen venezolano que estaría dedicándose a la introducción en España de grandes cantidades de cocaína por vía aérea, lo que se correspondía –según dicho oficio– con otras líneas de investigación seguidas en esa sección de estupefacientes en el aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, conforme a las cuales se estaría utilizando dicha infraestructura como plataforma de entrada para las sustancias estupefacientes.

En el oficio se puso en conocimiento de esa misma fiscalía que el 18 de enero de 2019 se había recibido comunicación de la Comisaría General de Policía Judicial informando de las gestiones efectuadas desde mediados de diciembre del año 2018, en relación con esa organización criminal integrada por individuos de origen venezolano, dedicados al tráfico de sustancias estupefacientes, específicamente cocaína, por medio del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas.

La comunicación destaca que uno de los principales dirigentes en España era un varón de origen venezolano que se hacía llamar «Rafa», quien sería la persona encargada de coordinar la estructura de entrada de la ilícita mercancía en España por medio de «maleteros» en el aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas.

Se destacó que efectuado un acercamiento al llamado «Rafa» por parte de uno de los integrantes de la sección de agentes encubiertos, se había podido comprobar que hacía alarde de que tenía varias «salidas de mercancía en Sudamérica» (Venezuela, Bolivia, Paraguay y República Dominicana), todas con maletas que enviaba en avión, que en España tenía alguna infraestructura para «rescatar» esa mercancía y que estaba en disposición de mandar grandes cantidades de cocaína de manera periódica. Llegó a indicar que para un primer envío a modo de prueba serían unos cincuenta kilogramos de cocaína, explicitando el precio del rescate por kilogramo en 26 000 €, sin que pudiera quedarse con mercancía como forma de pago.

El llamado «Rafa» interpelló al agente si tenía algún medio de comunicación encriptado, ya que él tenía un terminal llamado «encrochat» o «PGP» y le indicó que podía comunicarse en un primer momento por medio de la aplicación «WhatsApp», facilitándole el número de abonado.

Añadió que en el transcurso de la vigilancia practicada se había podido observar cómo estos sujetos adoptaban numerosas medidas de seguridad, haciendo repentinos cambios de sentido de la marcha y deteniéndose de manera improvisada, con la evidente finalidad de detectar alguna presencia policial. También que durante la cita permanecían en constante alerta sobre las personas que transitaban por los alrededores. Refirió que durante el operativo se intensificaron las gestiones con el fin de identificar al citado «Rafa» y a su acompañante, así como para obtener algún dato objetivo que condujera a su identificación, aunque el resultado fue infructuoso debido a las medidas anteriormente señaladas y a la alta probabilidad de que detectaran la presencia policial, lo que perjudicaría el buen fin de la investigación y la integridad del agente encubierto, en caso de ser descubierto.

Infirió que el propio «Rafa» sería el encargado de monopolizar la distribución de toda la cocaína introducida, ya que indicó que el pago se haría en dinero en efectivo y no con un porcentaje de la sustancia transportada. Esto permitía deducir que la organización dispondría de la infraestructura necesaria para su ilícita comercialización en España y a tenor de la cantidad inicial que pretendía introducir de cincuenta kilogramos, dicha red era lo suficientemente amplia para dar salida a tal cantidad de droga, lo que resultaba también de la infraestructura que decía disponer actualmente a través del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas.

Se concluyó entonces que «[t]odo parece indicar que dicha red de distribución afecta a diferentes puntos del territorio nacional, dada la gran cantidad de sustancia estupefaciente que pretende introducir, así como la disposición que tiene de mandar grandes cantidades de droga de manera periódica, lo que se deduce también de las distintas salidas que utiliza desde países como Venezuela, Bolivia, Paraguay o República Dominicana».

Según el oficio, de ello resultaba la existencia de una organización criminal y agotadas las tradicionales vías de investigación, se estaba en disposición de introducir en dicha organización a tres funcionarios de la sección de agentes encubiertos. Por ello, se solicitó de la Fiscalía la incoación de diligencias de investigación y la autorización a tres funcionarios de la Comisaría General de Policía Judicial para actuar en calidad de agentes encubiertos, entre otros particulares.

b) El fiscal jefe de la Fiscalía Especial Antidroga, mediante decreto dictado el 22 de enero de 2019, en el marco de las diligencias de investigación núm. 3-2019 que se incoaron al efecto, expuso en sus antecedentes de hecho el contenido de la información incluida en el oficio. En la fundamentación destacó que los hechos podían ser constitutivos de un delito de tráfico de drogas y/o de blanqueo de capitales y tras citar el art. 19.3 b) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), en lo relativo a las atribuciones de la Fiscalía Especial Antidroga, se refirió al art. 282 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) que regula la figura del agente encubierto, pudiendo ser autorizada por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, lo que ha de hacerse «teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación».

El decreto disponía autorizar a tres agentes encubiertos desde el 22 de enero al 22 de febrero de 2019, cuyas identidades verdaderas se consignaron en sobre cerrado, firmado y sellado por dicha fiscalía, en el que constaba rotulados los códigos de «Cenia», «Piloña» y «Quipar».

Se les autorizó –para el caso de que fuera necesario para la investigación– «para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, a los únicos efectos de introducirse en la organización, ganar su confianza y poder mantener contacto habitual con la misma». Indicó que la «unidad actuante deberá informar con prontitud a esta fiscalía del resultado de su investigación; en el caso de que proceda a detener a personas identificadas o a cualquier otra como consecuencia de estas actuaciones, deberá ponerlos a disposición del juzgado correspondiente, a quien deberá informar de la autorización efectuada por esta fiscalía – entregando la copia del decreto que se le entrega–, a fin de poner fin a estas diligencias y remitir a dicho juzgado todo lo actuado en las mismas».

c) Mediante oficio registrado en la Fiscalía Especial Antidroga el 18 de febrero de 2019 se dio cuenta de las dos reuniones mantenidas el 24 de enero y el 12 de febrero por el agente encubierto Cenia y «Rafa», que confirmaban la existencia de indicios de delito, la identidad de «Rafa», los vehículos que utilizaba, su modo de vida, las precauciones que adoptaba en sus comunicaciones, los socios con que contaba para la operación de tráfico de drogas y su posición en la organización. Asimismo, se informaba de que tenía conocimiento de las incautaciones de cocaína producidas recientemente en el aeropuerto procedentes de Bolivia. Al final de la comunicación solicitaban la prórroga de la habilitación de los agentes encubiertos hasta el 22 de marzo de 2019.

d) Con fundamento en el contenido de dicho oficio, por decreto de la Fiscalía Especial Antidroga de 19 de febrero de 2019 se autorizó la prórroga para la actuación de los agentes encubiertos en los términos indicados en el decreto inicial durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero y el 19 de marzo de 2019.

e) El 18 de marzo de 2019 se registró en la Fiscalía Especial Antidroga, oficio del grupo XVIII en el que daba cuenta de las reuniones mantenidas los días 26 y 28 de febrero y 12, 13 y 15 de marzo, en las que se concretaban las circunstancias del envío de cocaína desde Bolivia. Tras ello se solicitaba autorización de dos agentes encubiertos «Ebro» y «Duero» y la prórroga de la habilitación de los agentes «Cenia» y «Quipar», pero no de «Piloña».

f) Por decreto del fiscal jefe de la Fiscalía Especial Antidroga de 19 de marzo de 2019, con fundamento en el contenido del oficio remitido se accedió a la habilitación y a la prórroga interesada, en los términos del decreto inicial, durante el periodo comprendido entre el 19 de marzo y el 19 de abril de 2019.

g) Por otro decreto de 2 de abril de 2019 se remitieron las diligencias a la Fiscalía Provincial de Madrid al no quedar determinado que los hechos pudieran ser competencia de la Audiencia Nacional. Se indicaba «[q]ue de lo actuado en las presentes diligencias, no se ha determinado que los hechos puestos de manifiesto sean competencia de la Audiencia Nacional, poniéndose de manifiesto la posible participación de los denunciados en actividades relacionadas con el tráfico ilegal de drogas que pudieran tener [lugar] en el territorio correspondiente a la Fiscalía Provincial de Madrid, no siendo por tanto competente esta fiscalía para la investigación de los mismos, correspondiendo en su caso a la Audiencia Provincial de Madrid, por lo que procede la remisión de las mismas a la Fiscalía Delegada Antidroga de la Fiscalía Provincial de Madrid».

h) El 4 de abril de 2019, la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid acordó la judicialización de la investigación mediante la remisión de las diligencias de investigación practicadas junto con la denuncia del Ministerio Fiscal al Juzgado Decano de Madrid.

i) Una vez repartida al Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, este órgano judicial registró las diligencias previas núm. 861-2019 y por auto de 11 de abril de 2019 acordó disponer una nueva habilitación a los cuatro agentes encubiertos. El mismo Juzgado de Instrucción, mediante auto de fecha 26 de abril de 2019, dejó sin efecto la habilitación de los agentes «Ebro» y «Duero» y procedió a habilitar en su lugar a otros dos: «Sella» y «Jarama». Y posteriormente por auto de fecha 8 de mayo de 2019 prorrogó la habilitación de los agentes encubiertos hasta el día 12 de junio de 2019 y, finalmente, por otro auto de 6 de junio de 2019 amplió la prórroga hasta el día 12 de julio de 2019.

j) Por sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado núm. 420-2020, de 17 de julio de 2020, don Alirio Ramón León Viloria fue condenado como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5 del Código penal (CP), a las penas de ocho años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1 593 054,51 €.

En los hechos probados de la sentencia se indica:

«Único. Probado y así se declara expresamente que en el mes de enero de 2019 el grupo XVIII de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO) tuvo noticias de la existencia de un grupo de personas que se dedicaban a la introducción de grandes cantidades de cocaína a través del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, y tras la práctica de gestiones por los referidos agentes se identificó a quien era conocido como Rafael Lamus Araujo apodado 'Rafa' y cuyo nombre verdadero es Alirio Ramón León Viloria, de nacionalidad venezolana, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual se encargaba de organizar el traslado de la droga a España de esta manera y proceder a su distribución por el territorio nacional.

En el transcurso de las investigaciones realizadas por el referido grupo policial para constatar la realidad de tal información el policía que luego fue autorizado a actuar bajo la identificación de agente encubierto 'Cenia' mantuvo conversaciones con Alirio Ramón León Viloria en las que este le manifestaba las actividades de tráfico de drogas a las que venía dedicándose trayendo cocaína a través del aeropuerto de Madrid-Barajas por distintos medios y su voluntad de introducir en España unos cincuenta kilogramos de cocaína procedentes de Venezuela y de otros países de Sudamérica.

A la vista de lo anterior, el grupo XVIII de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO) solicitó a la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional autorización para el nombramiento de tres agentes encubiertos lo que se concedió en decreto del fiscal jefe de dicha fiscalía de 22 de enero de 2019, dictado en las diligencias de investigación 3-2019 que se incoaron al efecto, y en el que se autorizaba la actuación de tres agentes encubiertos que actuarían con las identificaciones de 'Cenia', 'Piloña y Quipar'. Dicha autorización fue prorrogada por decreto de 19 de febrero de 2019 y posteriormente para los agentes 'Cenia' y 'Quipar'

por decreto de 19 de marzo de 2019 en el que además se dejaba sin efecto la autorización para el agente con código 'Piloña' y se autorizaba la actuación de dos nuevos agentes encubiertos que actuarían con las identificaciones de 'Ebro' y 'Duero'.

En virtud de las autorizaciones otorgadas por la Fiscalía, ratificadas posteriormente por auto de 11 de abril de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, el agente encubierto 'Cenia' mantuvo diferentes reuniones con Alirio Ramón León Viloria desde el mes de enero de 2019, en las cuales este le transmitía al agente las gestiones que realizaba para traer a España grandes cantidades de cocaína que el agente supuestamente le ayudaría a pasar a través del aeropuerto.

Tras varias operaciones frustradas, el 30 de junio de 2019 se introdujo en el avión que realizaba el vuelo IB 6674 de la compañía Iberia entre Caracas y Madrid un contenedor con numeración AKE 15464BA en cuyo interior había tres paquetes de cocaína con un peso total aproximado de cincuenta kilogramos, avisando de ello Alirio Ramón León Viloria al agente encubierto 'Cenia'. Una vez el avión llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas y en virtud de la intervención y entrega controlada de la mercancía autorizada por auto del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Madrid, de 30 de junio de 2019, se recogieron del contenedor los tres paquetes procediéndose a su apertura en sede judicial comprobándose que en su interior había tres mochilas que contenían un total de cuarenta y ocho paquetes con cocaína con un peso neto total de 47 546,77 gramos y una riqueza media entre el 73,2 y el 80 por 100. La referida droga habría alcanzado en el mercado ilícito de dicha sustancia un valor de 1 593 054,51 € en el supuesto de su venta al por mayor.

En el mismo acto ante el Juzgado de Instrucción se sustituyó la cocaína intervenida por otra inocua y se procedió, conforme a lo autorizado, a su entrega vigilada a Alirio Ramón León Viloria el día 1 de julio de 2019 a las 12:40 horas en el aparcamiento del Coliseo Alfonso Pérez de Getafe en donde, haciéndose pasar por colaboradores del agente 'Cenia', se encontraban los agentes 'Ebro' y 'Duero'.

Alirio Ramón León Viloria llegó a dicho lugar conduciendo un vehículo Nissan Almera matrícula VI-6276-Y en el que le acompañaba Epifanio Arias Paulino, el cual, tras bajarse de dicho automóvil Alirio Ramón abandonó el lugar conduciendo él mismo, sin que resulte acreditada la participación de Epifanio Arias Paulino en la operación de tráfico de cocaína ni que él mismo supiera cuál era la razón por la que Alirio Ramón acudía a dicho aparcamiento.

Alirio Ramón León Viloria contactó con el agente encubierto 'Duero' que le esperaba en el aparcamiento y quien le indicó el lugar en el que se encontraba el agente 'Ebro' con el vehículo BMW matrícula 1227 GJS, que habitualmente utilizaba Alirio Ramón León Viloria y en el que se había introducido la sustancia inocua que sustituía a la cocaína transportada desde Venezuela. El agente encubierto 'Ebro' entregó a Alirio Ramón León Viloria las llaves del vehículo, disponiéndose Alirio Ramón a abandonar el lugar con el referido automóvil en cuyo interior él mismo pensaba que se encontraba la cocaína intervenida, con la intención de proceder a su ilícita distribución a terceras personas, siendo detenido inmediatamente.

En virtud de lo acordado por el Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid en auto de 1 de julio de 2019 se efectuó diligencia de entrada y registro en el domicilio de Alirio Ramón León Viloria sito en la localidad de Seseña, siendo intervenidos cuatro ordenadores, una tablet, 1 950 € en metálico, una cámara fotográfica, tres discos duros, doce tarjetas SIM de diversas compañías telefónicas, varios teléfonos móviles y cinco llaves de vehículos.»

k) El 31 de julio de 2020 la representación procesal de don Alirio Ramón León Viloria interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia condenatoria en el que se expusieron tres motivos: (i) nulidad de la habilitación de agente encubierto, por incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 282 bis LECrim, con sustento en tres argumentos: falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga para autorizar la actuación del agente encubierto; falta de necesidad y de proporcionalidad de la medida y falta de motivación del decreto habilitante de la actuación del agente encubierto; y, falta

de control judicial de la medida de investigación de agente encubierto; (ii) concurrencia de las figuras del agente provocador y del delito provocado; (iii) subsidiariamente, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución debidamente motivada en derecho, por insuficiencia de motivación en la individualización de las penas impuestas; y (iv) improcedencia del decomiso del dinero y efectos intervenidos, por no existir una motivación específica, como exigen los artículos 127 y 374 CP.

l) Por sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 335/2020, de 25 de noviembre, se desestimó el recurso interpuesto y se confirmó la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

La sentencia descarta la queja sobre la falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional atendido el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y la posibilidad de las fiscalías especializadas de actuar en ámbitos distintos a aquellos para los que fueron creadas (arts. 2 y 18 EOMF). A lo que añade que el art. 19.3 b) EOMF no especifica, en relación con la investigación de los procedimientos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional solo pueda actuar cuando dichos delitos sean competencia de la Audiencia Nacional y toma en consideración la función de superior coordinación entre fiscalías que le corresponde en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas. Finalmente sostiene que aun en el caso de que se hubiera producido una habilitación sin competencia se trataría de una irregularidad procesal.

Considera que los detalles concretos y precisos obtenidos en una conversación por uno de los agentes que realizaba labores de prevención y captación de información, relatados en el oficio remitido a la Fiscalía eran suficientes para inferir la participación en una importante actividad de tráfico de drogas que era preciso investigar.

El control judicial derivado de la exigencia de dar cuenta inmediatamente se vincula al momento en que existen indicios suficientes de la comisión del delito como para iniciar un procedimiento penal. Y en el presente caso no se sustrajo a la autoridad judicial el conocimiento de la investigación desde el momento en que se apreciaron tales indicios. La ausencia de aportación de mensajes telefónicos resulta de la aplicación utilizada por indicación del acusado que tenía un tiempo de borrado de veinticuatro horas. De modo que se cumplió la exigencia del art. 282 bis.1 LECrim.

m) Frente a dicha sentencia la representación procesal del recurrente en amparo interpuso recurso de casación que se basó en los siguientes motivos:

(i) Infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del artículo 368 CP puesto en relación con la indebida aplicación del artículo 282 bis LECrim, puestos ambos a su vez en relación con los arts. 9.3 CE (en cuanto a los principios de seguridad jurídica, de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y 18.1 CE (derecho fundamental a la intimidad). Indica que «no puede considerarse que concurren los elementos de este tipo penal, al estar viciada de nulidad la actuación del agente encubierto, por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de mi patrocinado, así como la prueba derivada de tal actuación, siendo la misma la única fuente probatoria que sirve de base para justificar la condena de Alirio». Se añade:

«La vulneración del derecho a la intimidad aducida se fundamenta en la indebida actuación del agente encubierto y la incorrecta aplicación de los requisitos exigidos en el art. 282 bis LECrim, para la habilitación y actuación del mismo, en concreto:

a) La falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga para autorizar la actuación de agente encubierto.

b) La falta de proporcionalidad y necesidad de la medida y de motivación del decreto habilitante de actuación del agente encubierto.

c) La falta de control judicial de la medida de investigación del agente encubierto.»

(ii) Quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECrim, al no haberse resuelto en sentencia sobre todos los puntos objeto de defensa, expuestos tanto en el acto del juicio oral como a través de los motivos de recurso de apelación.

(iii) Indebida aplicación del art. 368 CP puesto en relación con el art. 9.3 CE (en cuanto a los principios de seguridad jurídica, de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), por concurrir las figuras del delito provocado y del agente provocador.

(iv) Indebida aplicación del art. 72 CP puesto en relación con los arts. 9.3 CE (en cuanto a los principios de seguridad jurídica y de legalidad) y 24.1 CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la individualización de la pena impuesta).

(v) Infracción de ley del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 127 y 374 CP puestos en relación con los art. 9.3 CE (en cuanto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica) y 24 CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) por falta de motivación del decomiso.

n) Por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 503/2021, de 10 de junio –dictada en el recurso de casación núm. 10048-2021– se dispuso no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Alirio Ramón León Viloría.

En lo que se vincula con los motivos de amparo, la sentencia avala la desestimación del recurso apoyándose en los razonamientos de las sentencias dictadas. De este modo, reconoce la competencia de la Fiscalía atendida la naturaleza de la investigación. Sostiene que la judicialización de las diligencias no tiene que producirse tan pronto como existan indicios de delito, sino que tiene su límite en la necesidad de adoptar medidas que afecten a los derechos fundamentales. Así se hizo, indica, al judicializarse cuando existieron indicios suficientes de la comisión del delito y fue necesario solicitar autorización judicial de medidas limitadoras de derechos fundamentales como la intervención de las comunicaciones telefónicas o la instalación de dispositivos de geolocalización. Sostiene que la dación de cuenta es coetánea al momento en el que debió llevarse a cabo, dado el resultado de la investigación. Descarta que la intervención del agente encubierto haya supuesto una infracción o invasión del derecho a la intimidad.

3. En la demanda de amparo el recurrente interesa como único motivo que se declare vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE) puestos en relación con el principio de legalidad (art. 9.3 CE) y con el derecho a la tutela judicial efectiva con causación de indefensión (art. 24.1 CE), este último por haber avalado el Tribunal Supremo la habilitación y actuación del agente encubierto.

Para el recurrente las vulneraciones de derechos se fundamentan en la indebida actuación del agente encubierto, avalada por los órganos judiciales, y en la inobservancia de los requisitos exigidos en el art. 282 bis LECrim para la habilitación y control de su actuación por los órganos judiciales. En concreto: a) la falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga para autorizar la actuación del agente encubierto; b) la falta de proporcionalidad y necesidad de la medida y de motivación del decreto habilitante de la actuación del agente encubierto; y c) la falta de control judicial de la medida de investigación del agente encubierto.

Con ello se ha vulnerado el derecho a la intimidad al no reunirse los requisitos legales para llevarse a cabo y al no haberse podido defender de las afirmaciones vertidas por el agente encubierto en el procedimiento de acuerdo con las cuales se ha justificado su condena, dado que por parte de aquel no se han aportado al procedimiento los elementos probatorios objetivos que legalmente le son requeridos, no pudiendo negarse de este modo la existencia de delito provocado, con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que ello conlleva. Considera que al no respetarse las exigencias o presupuestos legales para la autorización de dicho agente encubierto y al no haber dado cumplimiento este a sus obligaciones para con el órgano judicial, debía

haber descartado absolutamente toda la prueba en que se basa la condena sobre la base de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

En el caso de que se trata, a su juicio, es clara la vulneración del derecho a la intimidad del recurrente pues, además de la injerencia que por sí conlleva la habilitación del agente encubierto, consta que dicho agente accedió a la esfera más íntima del demandante, la familiar, compartiendo el ahora recurrente con dicho agente cuestiones que excedían de la investigación propiamente dicha, hasta el punto de que llegó a presentarle en persona a su pareja. En efecto, en diversas ocasiones el señor León Viloria acudió a sus reuniones con el agente encubierto acompañado de personas de su entorno familiar: en la reunión mantenida el 28 de febrero de 2019 apareció acompañado de su pareja sentimental (folio 269 de la pieza separada de agente encubierto), como sucedió también en la reunión del día 15 de marzo de 2019 (folio 270 de la pieza separada de agente encubierto), por lo que «se infiere que se efectuaron las oportunas presentaciones». Es más, del tono de los mensajes cruzados por el agente encubierto con el señor León Viloria –extraído de las referencias efectuadas por el agente encubierto a esos mensajes, dado que se hurtó a la defensa el conocimiento de su contenido real– se infiere una relación que iba más allá de la cordialidad con la que don Alirio Ramón se refería al agente encubierto, al que dedicaba apelativos tales como «amigo» (comunicación de 31 de mayo de 2019, folio 306 de la pieza separada de agente encubierto), de lo que se infiere la existencia de una relación personal más allá de la meramente «profesional».

Afirma, que de los datos obrantes en el procedimiento penal se extrae que se había forjado una relación personal entre el recurrente y el agente encubierto, con clara afectación del derecho a la intimidad del primero, debido a que la actuación del agente encubierto se prolongó entre el 22 de enero y el 1 de julio de 2019, tiempo lo suficientemente prolongado como para pensar que existió necesariamente una injerencia en la intimidad del demandante. Y durante todo ese tiempo, en las veintiocho notas internas emitidas, no consta la introducción de sustancia estupefaciente, ni la acreditación de organización de ninguna clase, lo que evidencia lo prospectivo de la actuación autorizada del agente encubierto.

A continuación, examina si la injerencia en el derecho a la intimidad fue legítima. Entiende que no se han observado los requisitos exigidos en el artículo 282 bis LECrim para la habilitación y control de la actuación del agente encubierto y, en concreto: a) en la falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga para autorizar la actuación del agente encubierto; b) en la falta de necesidad y de proporcionalidad de la medida, así como en la falta de motivación del decreto habilitante de la actuación del agente encubierto; c) en la falta de control judicial de la medida de investigación del agente encubierto, por haber demorado la Fiscalía casi dos meses y medio la remisión al Juzgado de la información relativa a la habilitación del agente encubierto; y, finalmente d) indebida actuación del agente encubierto, por haberse encargado él mismo de seleccionar la información que tenía que aportar al órgano autorizante, en lugar de remitir esa información de forma íntegra, por mucho que su conducta haya sido avalada por los órganos judiciales que han conocido del asunto. Pasa a referirse al incumplimiento de tales requisitos del siguiente modo:

a) Entiende que se han manipulado de modo manifiesto las reglas de competencia por el grupo XVIII de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, al atribuir la competencia a la Fiscalía Especial Antidroga fundándose, única y exclusivamente, en que la cantidad de droga que se enviaría (cincuenta kilogramos) necesariamente debería afectar al territorio de más de una Audiencia, lo cual es una afirmación «ridícula» y carente de lógica. Desconoce por qué no se dirigió el grupo XVIII directamente al órgano judicial, pero apunta a la menor exigencia de la Fiscalía sobre la presencia de indicios sólidos para la adopción de la medida de investigación limitativa de derechos. Refiere que la Fiscalía Especial Antidroga conocerá de las investigaciones relativas a delitos de tráfico de drogas que sean competencia de la Audiencia Nacional, por lo que el supuesto concreto debería incluir como características que el mismo sea perpetrado por

organización criminal y que afecte al territorio no de una, sino de varias audiencias. Indica que el decreto de 2 de abril de 2019 confirma la ausencia de competencia de dicha fiscalía.

b) Afirma que la autorización de agente encubierto no fue necesaria ni proporcional, al existir otras medidas de investigación menos lesivas para los derechos fundamentales del investigado que podían haberse adoptado y al no haberse llevado a cabo ni siquiera una medida de investigación previa a la autorización del agente encubierto. Las informaciones que sirvieron de base para el inicio de la investigación no se encontraban objetivadas en modo alguno, no fueron corroboradas y afectaron a la exigencia de motivación del decreto habilitante. Señala que el oficio policial parece obedecer a un modelo estereotipado para este tipo de solicitudes.

c) En relación con la falta de control judicial de la medida de investigación del agente encubierto, refiere que la medida supuso una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente y su falta de legitimidad se funda, también, en la falta de control judicial de la medida, bien por haber demorado la Fiscalía casi dos meses y medio la remisión al Juzgado de la información relativa a la habilitación del agente encubierto, bien por haberse encargado el agente encubierto de seleccionar por sí mismo la información que tenía que aportar al órgano autorizante en lugar de remitir esa información de forma íntegra.

Argumenta que la utilización del agente encubierto, de por sí, ya produce una injerencia en el derecho a la intimidad del investigado y que tal injerencia *va in crescendo* en el desarrollo de la investigación, de ahí la exigencia del apartado 1 del artículo 282 bis LECrim de dar cuenta al órgano judicial de forma inmediata. Dicha exigencia no se cumplió por la Fiscalía por lo que se produjo así una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente en un grado notorio, durante dos meses y medio, sin que hubiera un órgano judicial que avalase la misma. De ahí extrae la nulidad de toda la actuación del agente encubierto, que afecta a todas las informaciones obtenidas por él mismo en base a tal habilitación. La tardía remisión al órgano judicial no convalida la inicial actuación irregular y no confiere licitud a la prueba.

Finalmente sostiene que el apartado 1 del artículo 282 bis LECrim es tajante en este punto: la información obtenida por el agente encubierto deberá aportarse al proceso «en su integridad» y se valorará «en conciencia» por el órgano judicial competente. La valoración («en conciencia») de la prueba relevante a los efectos del procedimiento penal es tarea del órgano judicial y no de la fuerza policial ni del agente encubierto, el cual debe limitarse a recopilar información y remitirla, de forma íntegra, al órgano judicial, que será el que la valore, lo que deriva en la poca fiabilidad del medio de prueba del agente encubierto. Refiere, con apoyo en la tramitación parlamentaria, que la declaración del agente encubierto habrá de ser tomada con cautela, pudiendo resultar procedente aplicar a tales declaraciones los requisitos jurisprudencialmente exigidos a las declaraciones de coimputados. Indica que la condena ha sido motivada, en exclusiva, por la declaración del agente encubierto, sin que se llevaran al procedimiento otras pruebas que corroboraran sus manifestaciones. La versión de los hechos aportada por el ahora recurrente (que él no tenía intención previa de delinquir, sino que fue el agente encubierto quien le incitó a ello, esto es, que el delito fue provocado por el agente encubierto) no ha quedado desmentida más que por las meras manifestaciones del propio agente encubierto.

4. Por providencia de 4 de abril de 2022, la Sala Segunda de este tribunal acordó proponer la avocación al Pleno del presente recurso de amparo de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

5. Por providencia de 12 de mayo de 2022, el Pleno acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo y admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)]. En aplicación de lo

dispuesto en el art. 51 LOTC, también acordó requerir de los órganos judiciales la remisión, en plazo que no excediera de diez días, de testimonio de las actuaciones, así como el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el presente proceso de amparo. Asimismo, acordó la formación de pieza separada para resolver la petición de suspensión de las resoluciones recurridas. Por ATC 100/2022, de 16 de junio, este tribunal denegó la suspensión interesada.

6. Por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2022, se acordó dar vista de todas las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, para que, dentro de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convenga (art. 52 LOTC).

7. Mediante escrito registrado el 23 de junio de 2022, el demandante de amparo reiteró las alegaciones contenidas en la demanda.

8. El Ministerio Fiscal en escrito registrado el 16 de agosto de 2022 interesó la desestimación de la demanda de amparo.

Las alegaciones del fiscal se estructuran en dos grandes apartados. En los antecedentes de hecho expone de modo detallado el devenir procesal ante la jurisdicción ordinaria refiriéndose a las tres sentencias impugnadas y a los recursos de apelación y casación, así como al contenido del recurso de amparo y de las resoluciones dictadas por este tribunal.

En la fundamentación jurídica delimita en primer lugar el objeto del recurso: la impugnación de las tres sentencias dictadas a través de un único motivo de amparo en el que se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), puestos todos ellos en relación con la infracción del principio de legalidad (art. 9.3 CE) y en consecuencia se considera nula la habilitación del agente encubierto, su actuación y todas las diligencias practicadas a partir de la habilitación.

El fiscal detalla de modo prolijo las razones por las que en el recurso de amparo se considera lesiva para los derechos invocados la habilitación y actuación del agente encubierto. En tal sentido, se refiere a la existencia de una injerencia en la esfera de la intimidad familiar prolongada y de carácter prospectivo, sin que se hubieran observado los requisitos del art. 282 bis LECrim para la misma: incompetencia del fiscal que habilitó la intervención del agente encubierto, ausencia de necesidad, proporcionalidad y motivación del decreto habilitante y finalmente falta de control judicial por la demora de casi dos meses y medio en la remisión al Juzgado de la información relativa a la habilitación del agente encubierto, sin que le fuera remitida la misma en su integridad.

Antes de analizar los diferentes aspectos en los que se engloba la vulneración invocada, el fiscal efectúa un excurso sobre el doble marco en el que cabe habilitar la actuación de un agente encubierto: las diligencias preprocesales de investigación del Ministerio Fiscal y las diligencias previas, debiendo versar el dictamen sobre las primeras. Constata que la demanda de amparo al no haber tenido en cuenta la diferenciación que acaba de ser destacada, opera continuamente trasladando conceptos y garantías constitucionales propias del proceso penal al ámbito de unas diligencias de investigación del Ministerio Fiscal que, por su propia naturaleza, someramente apuntada ya, no gozan de ese carácter.

El fiscal se refiere ampliamente a la regulación del agente encubierto que se contiene en el art. 282 bis LECrim introducido por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, y a las modificaciones por leyes posteriores. Menciona también los arts. 201 y 210 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, en la

redacción dada por la Ley 3/2018, de 11 de junio y los arts. 20.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el día 15 de noviembre de 2000 y firmada en Palermo el día 13 de diciembre de 2000 (Instrumento de ratificación publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 29 de septiembre de 2003) y 19.1 del Instrumento de ratificación del segundo protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 (publicado en el BOE de 1 de junio de 2018).

Destaca que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad de las autoridades de recurrir a métodos de investigación especiales, particularmente en los casos de crimen organizado y corrupción, y ha considerado que el uso de tales métodos –y, en particular, las técnicas de infiltración– no infringen en sí mismos el derecho a un proceso equitativo, si se complementa con las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso.

Pone de relieve la existencia de una fase o actividad investigadora inicial por la policía previa a la habilitación del agente encubierto, que en ocasiones supone la existencia de contactos previos entre policía e investigado y que aparece justificada como un mecanismo de comunicación previo que genera una corriente inicial de confianza, cuya duración puede extenderse hasta meses, aportando datos suficientes o información precisa para justificar la habilitación del agente [SSTS 575/2013, de 28 de junio, FJ 2 E); 835/2013, de 6 de noviembre, FJ 1, y 277/2016, de 6 de abril, FJ 1]. De igual modo, examina a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo los presupuestos que deben concurrir para habilitar a un agente encubierto conforme al art. 282 bis LECrim (SSTS 767/2007, de 3 de octubre; 575/2013, de 28 de junio, FJ 2; 591/2018, de 26 de noviembre, FJ 2; 104/2019, de 27 de febrero, y 682/2019, de 28 de enero de 2020).

Entrando de modo directo a examinar los motivos en los que el recurrente fundamenta las vulneraciones, sostiene que la tesis del demandante de amparo choca frontalmente con las SSTEDH de 15 de junio de 1992, asunto *Lüdi c. Suiza*, § 40, y de 23 de octubre de 2018, asunto *Guerni c. Bélgica*, § 73, en que se afirma que el recurso a un agente infiltrado no afectó, ni en sí mismo ni por su combinación con las escuchas telefónicas, al ámbito de la vida privada, al arriesgarse quien realizaba un acto criminal a encontrarse con un agente de policía infiltrado encargado de desenmascararle (*Lüdi c. Suiza*) o al haberse hecho cargo del transporte el agente infiltrado a iniciativa del demandante y a petición de uno de los acusados.

Recuerda, con referencia a la doctrina constitucional, el contenido del derecho a la intimidad [SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 c), y 12/2012, de 30 de enero, FJ 5], así como su carácter limitado (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, y 70/2009, FJ 3).

Conforme a dicho contenido considera que la actuación del agente encubierto no supone una ilegítima intromisión en el derecho a la intimidad del investigado, al existir previsión legal (art. 282 bis LECrim); revelarse como necesaria, para lograr un fin constitucionalmente legítimo (en el caso, no uno, sino varios: el mantenimiento de la seguridad ciudadana, la persecución de delitos graves, la protección de la salud pública); ser proporcionada para alcanzarlo (esto es, si no existiera otro mecanismo de investigación idóneo) y llevarse a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por ese derecho (reduciendo la intromisión en la medida de lo posible al ámbito de la mera investigación del delito).

Destaca que la parte demandante de amparo no ha sido capaz de acreditar que se produjera una injerencia relevante en la intimidad de don Alirio Ramón León Viloría, como consecuencia de la habilitación y actuación del agente encubierto. La prolongación de la actuación del agente encubierto no es indicativa por sí misma de una injerencia. De la pieza separada de habilitación del agente encubierto se obtiene la impresión que la

relación entre este y el recurrente se mantuvo en el plano «profesional». Por otra parte, la mera presentación de la pareja del recurrente al agente no pasó de ser un acto puramente cortés entre dos personas que no se conocen. El trato como amigo que el recurrente dispensó en alguna ocasión al agente en sus mensajes de texto no supone invasión relevante de la intimidad del primero, y haber emitido veintiocho notas dando cuenta de las comunicaciones y reuniones tampoco revela injerencia alguna.

Descarta que la injerencia fuera ilegítima. La lectura de la información facilitada por el grupo XVIII de la sección de estupeficientes de la UDYCO advertía de la presencia de una actividad de delincuencia organizada destinada a cometer delitos contra la salud pública, en términos de los apartados 1 y 4 del art. 282 bis LECrim, por lo que conforme al art. 282 bis.1 LECrim, el Ministerio Fiscal, respecto del que no se añade el calificativo de competente, está facultado, dando cuenta inmediata al juez, a 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. Atendido el contenido del oficio policial dirigido el 22 de enero de 2019 a la Fiscalía Especial Antidroga, carece de sentido cuestionar la competencia de esa fiscalía para otorgar la habilitación que se le solicitaba. Pero, por otra parte, la competencia de los distintos órganos de la Fiscalía no está constitucionalizada, es cuestión de mera legalidad ordinaria.

Refiere en relación con las quejas referentes a la necesidad, proporcionalidad y motivación de la habilitación, que supone partir de la existencia de una cierta injerencia en el derecho a la intimidad –descartada– o trasladar a las diligencias preprocesales de investigación conceptos constitucionales elaborados para supuestos de actuaciones judiciales en el seno de procedimientos penales propiamente dichos.

En todo caso, considera que del decreto de 22 de enero de 2019 del fiscal jefe de la Fiscalía Especial Antidroga resulta que la medida era idónea para avanzar en la investigación iniciada, necesaria y adecuada, atendida la importancia, gravedad y trascendencia social del delito investigado, las posibilidades existentes de vigilancia eficaz de las personas sospechosas y la imposibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas; y era proporcional al implicar de por sí que el eventual sacrificio del derecho fundamental individual reportara más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios al derechos afectado.

En relación con la falta de control judicial de la medida de investigación por no dar cuenta inmediata, sino transcurridos dos meses y catorce días después de procederse a la referida habilitación, el fiscal distingue las dos realidades diferenciadas de habilitar al agente encubierto: por el juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal. En este segundo caso mediante la incoación de diligencias preprocesales a las que se refieren los arts. 773.2 LECrim y 5.2 EOMF.

Contextualizada de este modo la regulación, considera que la puesta en conocimiento inmediato solo tiene por finalidad evitar la duplicidad de actuaciones –del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Instrucción– sobre unos mismos hechos. Efectuada esa comunicación no cabe contemplar ninguna actuación del juez de instrucción que vaya más allá de reclamar del Ministerio Fiscal la remisión de sus diligencias preprocesales, en el único caso de que ya se estuvieran siguiendo diligencias previas sobre los mismos hechos posiblemente constitutivos de delito. Ninguna otra actuación podrá desplegar el juez de instrucción. En modo alguno cabrá pensar que el juez de instrucción puede ejercer sobre las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal un control o una fiscalización como la que aquel puede ejercitar sobre las actuaciones de la policía en el seno de unas diligencias ya judicializadas. Ni tan siquiera judicializadas las diligencias preprocesales, el juez de instrucción debe ratificar la previa actuación del fiscal.

El artículo 5.2 EOMF establece que «[l]a duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del

Estado». En el artículo 5.3 EOMF añade a esta previsión que «[t]ranscurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo». La aplicación de estas disposiciones al caso que ahora se dictamina revela que la actuación del Ministerio Fiscal fue completamente correcta: los dos meses y catorce días a que se refiere la parte ahora recurrente constituyen, sin ningún género de dudas, una duración proporcionada a la naturaleza y gravedad de los hechos que se investigaban.

Finalmente, en relación con que la información no fue remitida con integridad, se hace eco del razonamiento el Tribunal Supremo, a lo que añade que de la lectura de las veintiocho notas emitidas revela el esfuerzo informativo efectuado. Finalmente, indica que el otro interlocutor del agente encubierto hubo de poseer necesariamente y en su integridad las mismas comunicaciones que se reclaman al agente o agentes actuantes, de modo que, estando a su disposición, pudo hacer uso de ellas para alegar o acreditar, en su caso, cuantas circunstancias fueran de su interés.

9. En cumplimiento de lo previsto en el acuerdo de 17 de enero de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se dispone la composición de las salas y secciones del Tribunal Constitucional (publicado en el «BOE» núm. 16, de 19 de enero de 2023), adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional tras su renovación, correspondió la ponencia del presente recurso al magistrado don César Tolosa Tribiño, conforme al orden de antigüedad y mayor edad de los anteriores y de los nuevos integrantes del colegio de magistrados (art. 3.2 del citado acuerdo).

10. Por providencia de 4 de junio de 2024, se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

En este recurso de amparo se impugna la sentencia núm. 503/2021 de 10 de junio, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que confirma la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 335/2020, de 25 de noviembre, que desestimó a su vez el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 280/2020 de 17 de julio, que condenó al recurrente de amparo como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.1.5 CP.

a) El demandante de amparo considera vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) puestos en relación con el principio de legalidad (art. 9.3 CE).

Afirma que se ha vulnerado su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) por la prolongación de la actuación del agente encubierto, por el hecho de haberse ganado su confianza –llegando a dispensarle en sus mensajes el tratamiento de «amigo»–, así como por haber accedido a su esfera más íntima –la familiar– que el demandante concreta en la presentación de su pareja sentimental. Esta le acompañó a dos de las reuniones que mantuvo con el agente encubierto. Añade que dicha injerencia no fue legítima al incumplirse los requisitos de competencia del fiscal habilitante, necesidad, proporcionalidad y motivación del decreto y por la ausencia de control de la medida de investigación al haber tardado en remitirse la información relativa a la habilitación del agente encubierto al Juzgado casi dos meses y medio.

Sostiene que se incumplieron las exigencias del art. 282 bis LECrim, entre las que destaca que la información obtenida por el agente encubierto se aporte en su integridad al órgano judicial. Considera que las declaraciones del agente encubierto deben ser

tomadas con cautela debiendo serles aplicadas los requisitos exigidos a las declaraciones de los coimputados, con la finalidad de descartar que el delito fuera provocado.

b) El fiscal interesa que se desestime el recurso de amparo. Afirma que la actuación del agente encubierto no afecta a la intimidad del investigado y está prevista en la ley, es necesaria, proporcionada y estuvo motivada, sin que haya existido una injerencia relevante en la intimidad del demandante de amparo. La competencia de los distintos órganos de la Fiscalía no está constitucionalizada. La comunicación al órgano judicial no tiene por finalidad que este fiscalice las diligencias del Ministerio Fiscal, sino evitar la duplicidad de las investigaciones. Finalmente, entiende que el recurrente tuvo a su disposición las mismas comunicaciones que el agente encubierto y las pudo aportar y si el agente no las aportó fue, tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo, porque se borraban automáticamente.

c) El planteamiento del recurrente nos debe llevar a vincular las quejas formuladas con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) –y ello, pese a que este no fuera expresamente invocado en el recurso de casación– y con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), excluyendo el resto de las vulneraciones alegadas de nuestro análisis.

En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) debemos atender a la estrecha conexión existente entre las garantías jurídicas que resultan de la habilitación del agente encubierto en unas diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal y la posibilidad de defenderse frente a una posterior acusación penal. Dicha vinculación obliga a un análisis conjunto del desarrollo del proceso penal a fin de verificar, como se verá, si se han desplegado mecanismos necesarios para asegurar que el recurrente no fue víctima de un delito provocado, circunstancia esta que sí alegó a lo largo del procedimiento; y, en relación con la injerencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) será preciso examinar si la misma se ve concernida por la habilitación y ulterior actuación del agente encubierto y, en su caso, si concurren los presupuestos exigidos para que la intromisión sea constitucionalmente legítima.

La eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) derivada de la decisión de los órganos judiciales de avalar la habilitación y actuación del agente encubierto carece de contenido autónomo, se encuentra vinculada a las anteriores vulneraciones indicadas y no fue invocada ante el Tribunal Supremo. Y, finalmente, el principio de legalidad (art. 9.3 CE) está excluido del ámbito material del recurso de amparo, ex art. 53.2 CE [STC 2/2024, de 15 de enero, FJ 1 e)].

2. El agente encubierto como instrumento de investigación y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En tanto que el recurrente vincula las lesiones producidas a la infracción de lo dispuesto en el art. 282 bis LECrim, debe abordarse en primer lugar la naturaleza y finalidad de la regulación del agente encubierto y las garantías que de la misma resultan para el investigado en un proceso penal, así como la perspectiva con la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda la utilización de dicho instrumento de investigación.

A) La regulación del agente encubierto en relación con otras figuras afines no previstas.

La regulación del agente encubierto fue introducida en el art. 282 bis LECrim, mediante la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

En la exposición de motivos se justificaba la reforma en la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico de drogas que había recabado la urgente atención y la absoluta prioridad y preocupación de

todas las naciones. En tal sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, insta a las partes firmantes de la misma, entre ellas España, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional. Y, el art. 20.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el día 15 de noviembre de 2000 y firmada en Palermo el día 13 de diciembre de 2000 (Instrumento de ratificación publicado en el «BOE» de 29 de septiembre de 2003), prevé expresamente su utilización como mecanismo de investigación.

De esta forma, frente a la habilitación genérica a los agentes de policía para realizar operativas de infiltración policial –cuya cobertura legal había que buscarla en el art. 282 LECrim, cuando establece que la policía judicial tiene la obligación de investigar los delitos y practicar «las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial»; en los arts. 549.1 a) y 550.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en las letras g) y h) del art. 11.1 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, relativas a las funciones de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables y «[c]aptar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia»–, la indicada reforma introduce el art. 282 bis LECrim ocupándose específicamente de regular la autorización de funcionarios de la Policía judicial para que actúen como agentes encubiertos.

El agente encubierto se regula en la Ley de enjuiciamiento criminal como medida de investigación especial realizada de modo voluntario por los miembros de la policía judicial. Expresamente se reconoce la garantía de la no obligatoriedad de dicha actuación. De modo que, previa autorización del juez de instrucción competente o del Ministerio Fiscal, quedan exceptuados del régimen ordinario de identificación y de responsabilidad penal –otorgándoles identidad supuesta con la que podrán actuar en el tráfico jurídico y exonerándoles de responsabilidad penal– para que puedan participar del entramado organizativo criminal –conjurando así los previsibles riesgos físicos y jurídicos que para los mismos se derivarían–, a fin de detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores.

Puede afirmarse que la regulación legal, en este caso, no viene a cubrir un vacío normativo, sino que sanciona una técnica de investigación policial que contaba con un genérico soporte legal y jurisprudencial, pero que por diversas razones vinculadas al logro de una mayor eficacia y seguridad –y también, aunque no exclusivamente, a reforzar las garantías de los investigados– era conveniente que fuera específicamente contemplada.

Debe destacarse que la génesis de este instrumento de investigación tiene su origen en un modo de operativa policial en virtud de la cual agentes de policía no uniformados –que a diferencia del agente encubierto no utilizan una identidad supuesta– ocultan su identidad de funcionarios de policía y sus verdaderas intenciones –en esto último coinciden con el agente encubierto–, y, amparándose legítimamente en las facultades que el art. 126 CE y –entre otros– el art. 282 LECrim les atribuyen, realizan funciones de vigilancia, prevención, inteligencia o de comprobación de la existencia del delito.

A tal efecto, en ocasiones su intervención es esporádica, pues se limitan a viajar en medios de transporte con mayores riesgos de vulnerabilidad o a participar en manifestaciones o actos de concurrencia masiva con riesgo de violencia. En otras circunstancias la interacción con el investigado puede prolongarse temporalmente al tener que ganarse la confianza para contactar con las víctimas –en delitos de trata de seres humanos–, o con quienes las explotan o se dedican al tráfico de sustancias

estupefacientes o realizan con habitualidad otras actividades delictivas, haciéndose pasar por clientes o consumidores. Incluso –tras la previsión del art. 282 bis LECrim– en la ejecución de tales funciones pueden anteceder y/o acompañar a quienes han sido habilitados para actuar con identidad supuesta como agentes encubiertos para garantizar el éxito de la operación policial en curso y su seguridad.

En todos estos casos, el policía no uniformado que oculta su identidad e intenciones y cuyas funciones no son conocidas por los investigados es el que tiene la iniciativa, alejándole de la condición de agente encubierto las siguientes circunstancias: la inexistencia de previa habilitación por el juez o el fiscal; la no exoneración de responsabilidad penal; así como que su actuación no se realiza bajo identidad supuesta (art. 282 bis LECrim).

En supuestos más excepcionales, son los investigados quienes toman la iniciativa en el contacto con quien saben que es agente de policía, pero le suponen erróneamente corrupto a fin de que facilite la comisión del delito. En tal caso, su intervención puede prolongarse en el tiempo. No es necesario que dicho agente, pese a ocultar sus verdaderas intenciones al ser contactado, sea habilitado como agente encubierto al no exigirse para preservar su seguridad y el éxito de su investigación que actúe con identidad supuesta, ni tan siquiera la debe ocultar al ser su condición de policía conocida y buscada por los investigados. En estos supuestos, el agente de policía puede interactuar con el investigado del mismo modo que pudiera hacerlo el agente encubierto, pero sin que quede amparado por la exención de responsabilidad que el art. 282 bis LECrim prevé, y, consiguientemente con el riesgo jurídico de verse sometido a un proceso penal, por lo que deberá buscar, en su caso, en otros preceptos distintos el fundamento de su exoneración.

Lo que es común a todas estas situaciones y a la operativa del agente encubierto, más allá del carácter más o menos esporádico o prolongado de la interacción entre los policías y los investigados, es la obtención de información del investigado ocultando los verdaderos propósitos e intenciones y, en la mayor parte de las veces, su verdadera identidad. Lo que les distingue, en aras al logro de la consecución de la mayor eficacia de este instrumento de investigación –insistimos que la actuación del agente siempre es voluntaria, como expresamente reconoce el precepto– es la intensificación de las garantías frente a los riesgos físicos y jurídicos a los que se ven expuestos, como veremos a continuación, y también el refuerzo de las garantías del investigado frente a la posibilidad de ser víctima del delito provocado y frente a las eventuales injerencias en su derecho a la intimidad.

B) Finalidad de la regulación del agente encubierto.

La Ley Orgánica 5/1999 introduce, además del art. 263 bis –que contempla la entrega vigilada–, la regulación en el art. 282 bis LECrim del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada» en aras al logro de una mayor eficacia para hacer frente, entre otros, a los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. A tal fin, la regulación distingue claramente las actuaciones que toman en consideración la protección del funcionario de policía –frente a los riesgos físicos y jurídicos de su actuación– y las que pretenden reforzar las indicadas garantías del investigado.

En primer lugar, en relación con el funcionario de la policía judicial que voluntariamente se infiltra en el ámbito de la delincuencia organizada, se pretende garantizar su seguridad física y la exoneración de su responsabilidad penal, esto es, preservarle de los riesgos físicos y jurídicos a los que se verá expuesto. Se prevé de este modo un régimen excepcional en relación con su identidad y responsabilidad penal y se establecen contrapesos a fin de garantizar la justificación de dicho tratamiento extraordinario. Esto es, la exigencia de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en resolución fundada teniendo en cuenta los fines de la investigación de los delitos que prevé el art. 282 bis.4 LECrim y que la información que vaya obteniendo el agente encubierto deba ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien

autorizó la investigación a fin de adoptar, entre otras medidas, la decisión sobre la continuidad de dicha habilitación (art. 282 bis.1 LECrim). A ello le dedica el precepto buena parte de su regulación.

Y, en segundo lugar, en relación con el investigado, la norma pretende garantizar el respeto de sus derechos fundamentales y conjurar el riesgo de que el delito haya sido provocado. De modo genérico se exige autorización judicial para aquellas actuaciones que realice el agente encubierto una vez habilitado como tal, que conforme a la Constitución y las leyes afecten a sus derechos fundamentales (art. 282 bis.3 LECrim) y, en concreto, se prevé en el propio precepto la exigencia de autorización judicial para casos específicos (art. 282 bis.6 y 7 LECrim). La regulación debe por tanto ponerse en relación con los arts. 579 y 588 bis a) a 588 *septies* c) LECrim, que se refieren a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Por otra parte, se establecen garantías a fin de despejar cualquier incertidumbre de provocación delictiva, mediante la exigencia de aportar en su integridad al proceso la información obtenida por el agente encubierto (art. 282 bis.1 LECrim) y mediante la propia previsión legal de un procedimiento claro y accesible de habilitación al funcionario de policía judicial para que actúe como agente encubierto, cuya premisa fundamental es la preexistencia de indicios de determinados delitos, lo que diluye el riesgo de la provocación delictiva.

Debe indicarse que la exigencia constitucional o legal de autorización judicial cuando la actuación del agente encubierto afecte a los derechos fundamentales que el precepto prevé, e incluso el derecho a que se incorporen íntegramente al proceso las informaciones obtenidas, es una garantía del investigado tenga o no la actuación del funcionario de policía judicial cobertura de agente encubierto, pues dimanar respectivamente de los derechos fundamentales que exigen constitucional o legalmente la intervención judicial y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Estas dos finalidades de la regulación serán tratadas a continuación.

a) La decisión –de operativa policial– de infiltrar un agente encubierto se produce necesariamente en investigaciones policiales ya iniciadas de las que han resultado informaciones de cierta calidad y, por eso, aptas para poder justificar que el éxito de estas requiere la infiltración –como agente encubierto– de un funcionario de la policía judicial en la organización criminal. Como consecuencia de dicha autorización queda habilitado –en muchos casos quien estaba actuando como infiltrado– para actuar bajo identidad supuesta en todo lo relacionado con la investigación concreta, a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad ficticia, a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. A partir de la autorización queda exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la habilitación y no constituyan una provocación al delito. La imposibilidad de proceder penalmente contra el agente encubierto y la expresa autorización para que se le otorgue una identidad falsa y para que pueda operar con la misma frente a terceros, son modificaciones introducidas por la reforma.

De este modo para garantizar su seguridad física y la de su familia se le exceptúa del régimen ordinario de identificación. Se autoriza a modificar la identidad del funcionario de policía judicial otorgándole una nueva identidad irreal que accederá a todas las bases de datos y registros en los que conste y, consiguientemente dará lugar a la expedición de los correlativos documentos que acrediten dicha identidad ficticia (desde DNI, a tarjetas de crédito, antecedentes policiales y penales, hasta la expedición de titulaciones falsas) sin que ni tan siquiera sea necesario desvelar su identidad real al testificar en el proceso.

Queda habilitado para operar con dicha identidad falsa no solo frente al investigado sino también frente a terceros y en el propio proceso penal:

«La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

[...]

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» (art. 282 bis.1 y 2 LECrim).

Para asegurar su inmunidad se prevén garantías frente a un eventual proceso por la colaboración directa en acciones criminales y frente a la detención. Se establece la exención de responsabilidad a través de una previa verificación de su habilitación y actuación antes de poder proceder penalmente contra el mismo, evitando el riesgo jurídico de ser encausado en un procedimiento penal.

En tal sentido el art. 282 bis.1 y 5 LECrim indica:

«1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el juez de instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.»

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

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda» (art. 282 bis.5 LECrim).

La mera habilitación a un funcionario de policía para que actúe como agente encubierto, refuerza la posición y las garantías del agente habilitado en el desempeño de su función policial. De este modo se logra la eficacia pretendida con la regulación de esta medida de investigación, y, tangencialmente –como veremos– se refuerzan también las garantías del investigado frente al delito provocado.

La autorización para el otorgamiento de una nueva identidad irreal con la que operar en el tráfico jurídico y social, y el reconocimiento –concurriendo determinados requisitos– de la inmunidad, exigen, como se ha adelantado, que se investiguen actividades propias de la delincuencia organizada dirigidas a cometer los delitos previstos en el apartado 4 del art. 282 bis LECrim, y que exista una autorización al funcionario de la policía judicial otorgada por el juez de instrucción competente o el Ministerio Fiscal, mediante una resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad para los fines de la investigación (art. 282 bis.1 LECrim), de la que se dará cuenta inmediata al juez. El mantenimiento de

dicha situación, así como la toma de decisiones de operativa policial, dependerá de la información que a la mayor brevedad posible ponga en conocimiento el agente encubierto.

No puede afirmarse que antes –y después– de dicha previsión legal el agente que actuaba o actúa, sin autorización judicial o del Ministerio Fiscal esté al margen de la ley pues se trata de una actuación de la policía judicial, en ocasiones siguiendo indicaciones del Ministerio Fiscal en el marco de unas diligencias preprocesales, en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en la averiguación de los delitos y el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (arts. 126 CE y 282 LECrim). Las declaraciones prestadas por los agentes infiltrados podrán ser valoradas como prueba, si bien en caso de cuestionarse su actuación no tendrá las garantías de exoneración de responsabilidad de quien actúa con la habilitación legalmente concedida y por otra parte deberá extremarse el control judicial a fin de descartar que el investigado ha sido objeto de provocación delictiva. La actuación del infiltrado, tanto antes de ser habilitado como agente encubierto como después, salvo que suponga una provocación del delito a quien no quería cometerlo o de otra forma vulnera los derechos fundamentales, será lícita y su declaración podrá servir de prueba en el acto del juicio.

b) En relación con el investigado, como se ha adelantado, el precepto pretende reforzar el respeto de sus derechos fundamentales al exigir autorización judicial para las actuaciones del agente encubierto que con carácter general afecten a sus derechos fundamentales e imponer autorización judicial específica para actuar con la identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación y para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido, o la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones que puedan mantenerse entre el agente y el investigado (art. 282 bis.3, 6 y 7 LECrim). Y, por otra parte, y esto es lo determinante –que le aleja de figuras similares– el precepto busca reforzar las previsiones para evitar que pueda ser víctima de un eventual delito provocado.

En este sentido, debe interpretarse la propia previsión legal de un procedimiento claro y accesible de habilitación de la operación encubierta por el Ministerio Fiscal o por el órgano judicial, basado en la preexistencia de indicios de delito y el reconocimiento del derecho a la aportación en su integridad al proceso de la información obtenida por el agente encubierto (art. 282 bis.1 LECrim). Debe indicarse que esta última garantía –pero no la primera, sobre la que volveremos al examinar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– la tendrá el investigado tenga o no la actuación del funcionario de Policía judicial cobertura de agente encubierto, esto es, aun cuando no actúe bajo identidad supuesta y no esté inicialmente exento de responsabilidad penal, al encontrarse vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías [arts. 24.2 CE y 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)].

C) Alcance y sentido de la dación de cuenta inmediata al juez de la autorización concedida por el Ministerio Fiscal.

Como se ha expuesto, el Ministerio Fiscal «dando cuenta inmediata al juez» podrá autorizar a funcionarios de la Policía judicial a que actúen como agentes encubiertos. Este tribunal considera que debe efectuarse una interpretación sistemática y finalista de la exigencia de comunicación inmediata al juez acorde tanto con las normas que regulan la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal como con el espíritu y finalidad del art. 282 bis LECrim que atribuye al fiscal la realización de investigaciones valiéndose de la figura del agente encubierto.

La norma no puede ser interpretada en su literalidad por las razones que se expresan a continuación:

No debe pasarse por alto que la policía judicial no solo depende de los jueces y tribunales, sino que en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y

aseguramiento del delincuente también está sometida al Ministerio Fiscal (art. 126 CE). En el desarrollo del indicado precepto, en el marco de la actividad extraprocesal que desarrolla la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan en los atestados de los que conozca, el Ministerio Fiscal puede llevar a cabo u ordenar –sin supervisión inmediata de los jueces y tribunales– aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de enjuiciamiento criminal (apartados segundo y tercero del art. 5 EOMF), salvo que sean limitativas de derechos fundamentales.

A tal fin, el Ministerio Fiscal incoará diligencias preprocesales que cuando alcancen la finalidad pretendida por su incoación y en todo caso transcurrido el plazo de duración legalmente previsto (art. 5.2 EOMF) deberán ser comunicadas sin demora, de modo inmediato, al órgano judicial. Ese es el momento al que debe referirse la exigencia legal «dando cuenta inmediata al juez» y no al instante de dictarse el decreto de habilitación del agente encubierto. En caso contrario, de interpretarse que el precepto exige la inmediata dación de cuenta al juez del decreto inicial perdería sentido la propia previsión legal que habilita al fiscal a servirse de agentes encubiertos para la investigación de determinados delitos. En efecto, debe recordarse que la mera comunicación al juez de la existencia de hechos constitutivos de delito determinaría la apertura de diligencias previas por el órgano judicial (art. 774 LECrim) y, por imperativo del art. 773.2 LECrim, el cese de las diligencias preprocesales incoadas por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, la proyección de la exigencia de dación de cuenta inmediata al momento de concluirse las diligencias preprocesales es coherente con: (i) la ausencia de previsión normativa de un procedimiento en el que el juez pueda controlar o revocar la habilitación otorgada por el fiscal; (ii) el espíritu y finalidad del art. 282 bis LECrim que posibilita al fiscal la realización de investigaciones valiéndose de agentes encubiertos; (iii) con los derechos del investigado que, en el momento en que se judicialicen las diligencias (art. 5.3 EOMF) podrá cuestionar ante el juez competente la regularidad de la habilitación; (iv) y, finalmente, con la circunstancia –que más adelante examinaremos– de que la mera habilitación del agente encubierto no afecta a derecho fundamental alguno y cuanto tales derechos puedan verse afectados por su actuación, entonces sí interviene el órgano judicial mediante la autorización judicial en los términos que establezca la Constitución y la ley (art. 282 bis.3 LECrim).

En el presente caso, el fiscal jefe de la Fiscalía Especial Antidroga autorizó mediante decreto de 22 de enero de 2019 la intervención de tres agentes encubiertos, que fue prorrogado por otro decreto de 19 de febrero de 2019. Posteriormente, por otro decreto de 19 de marzo de 2019 nuevamente se prorrogó la autorización a dos de los agentes y se autorizó la actuación de otros dos. Y, finalmente, una vez remitidas las diligencias a la Fiscalía Provincial de Madrid el 2 de abril de 2019, esta, por decreto de 4 de abril de 2019 acordó su conclusión y en la misma resolución su inmediata judicialización remitiendo las diligencias practicadas junto con la denuncia del Ministerio Fiscal al Juzgado Decano de Madrid.

De lo expuesto, podemos adelantar que no existió demora alguna en la dación de cuenta al órgano judicial de las diligencias preprocesales, pues en unidad de acto se acordó su conclusión y su remisión al órgano judicial tan pronto como el estado de la investigación evidenció la existencia de hechos con significación penal (art. 5.2 EOMF).

D) Las exigencias del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en relación con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «el aumento de la delincuencia organizada y las dificultades a las que se enfrentan los órganos encargados de hacer cumplir la ley para detectar e investigar delitos han justificado la adopción de medidas adecuadas. Ha subrayado que la policía se ve cada vez más obligada a recurrir a agentes infiltrados, informadores y prácticas encubiertas, en particular para luchar contra la delincuencia organizada y la corrupción». (STEDH de 30 de octubre de 2014, asunto *Nosko y Nefedov c. Russia*, § 49). Ahora bien, «el recurso a agentes infiltrados debe

limitarse y deben establecerse garantías incluso en los casos relativos a la lucha contra el tráfico de drogas. [...]. Los requisitos generales de equidad consagrados en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todo tipo de infracciones penales, desde las más sencillas a las más complejas. El interés público no puede justificar el uso de pruebas obtenidas como resultado de la incitación policial» (STEDH de 9 de junio de 1998, asunto *Teixeira de Castro c. Portugal*, § 36).

Conviene ya adelantar –sin perjuicio de volver sobre ello más adelante– que, como ha afirmado el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos descarta la posible afectación del derecho a la intimidad del investigado por la actuación del agente encubierto al asumir el investigado, el riesgo de que su interlocutor fuera un agente de policía. En tal sentido indica la STEDH de 15 de junio de 1992, asunto *Lüdi c. Suiza*, § 40:

«[E]n el presente caso la utilización de un agente encubierto no afectó, ni en sí misma ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera de la vida privada en el sentido del artículo 8 (art. 8).

La intervención [del agente encubierto] tuvo lugar en el contexto de una transacción de cinco kilogramos de cocaína. Alertadas por la policía alemana, las autoridades cantonales designaron a un agente jurado para que se infiltrara en lo que creían que era una importante red de traficantes que pretendía trasladar dicha cantidad de drogas a Suiza. El objetivo de la operación era detener a los instigadores en el momento de la entrega de la droga. [El agente encubierto] se puso entonces en contacto con el demandante, quien le dijo que estaba dispuesto a venderle dos kilogramos de cocaína por valor de 200 000 francos suizos (véanse los apartados 9 y 13 *supra*). Por tanto, a partir de ese momento, el señor Lüdi debió darse cuenta de que estaba cometiendo un acto delictivo comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 19 de la Ley sobre estupefacientes y que, por tanto, corría el riesgo de encontrarse con un agente de policía encubierto que, de hecho, se encargaba de desenmascararle.»

Con sustento en el mismo argumento de dicha sentencia, la STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto *Guerni c. Bélgica*, reitera la inexistencia de injerencia en el derecho a la vida familiar al aceptar los argumentos de la sentencia del Tribunal de casación belga:

«A este respecto, coincide con el Tribunal de casación (véase el apartado 28 *supra*) en que no puede hablarse de injerencia en el sentido del artículo 8 cuando, a raíz de diversas iniciativas tomadas por el demandante y a petición de uno de los demandados, el agente de policía infiltrado se declaró dispuesto a encargarse del transporte de la droga objeto de una importante operación internacional de tráfico de estupefacientes organizada por el demandante y los demás demandados (véase la sentencia antes citada, *Lüdi c. Suiza*, § 40)» (§ 73).

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refiere, desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), que «las acciones de los agentes encubiertos deben tratar de investigar la actividad delictiva en curso de una manera esencialmente pasiva y no ejercer una influencia tal que incite a la comisión de un delito mayor que el que el individuo ya estaba planeando cometer sin dicha incitación (véase *Matanović*, citada anteriormente, § 123-124, con referencias adicionales)».

La principal garantía del acusado es la de que el Tribunal examine «si los agentes del Estado que llevaron a cabo la actividad encubierta se mantuvieron dentro de los límites de un comportamiento ‘esencialmente pasivo’ o los sobrepasaron, actuando como agentes provocadores (véase la sentencia *Matanović*, antes citada, § 123-124 y 132)». A tal fin, es importante que el demandante tenga «la oportunidad de interrogar a los agentes de policía que participaron» en las operaciones encubiertas, pero «con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal también era necesario que otros testigos que pudieran declarar sobre la cuestión de la incitación fueran oídos en juicio y sometidos a

contrainterrogatorio por la defensa, o al menos que se motivara detalladamente cualquier omisión al respecto (véase la sentencia *Bannikova*, antes citada, § 65)». (STEDH de 23 de noviembre de 2017, asunto *GRBA c. Croacia*, § 100, 105, 119).

En fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refiere que cuando del examen del conjunto del proceso pueda concluirse que la actuación de los policías ha ido más allá de la de agentes encubiertos porque han instigado a la infracción y nada permite pensar que sin su intervención esta se habría cometido, dicha intervención y su utilización en el proceso penal impugnado supone que, desde el primer momento, el investigado se vería definitivamente privado de un juicio justo (STEDH de 9 de junio de 1998, asunto *Teixeira de Castro c. Portugal*, § 39).

3. Inexistente vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haberse adoptado las cautelas para descartar que el acusado fuera víctima de un delito provocado.

A) Como se ha expuesto, el demandante afirma que no se respetaron las garantías para asegurar que no fuera víctima de un delito provocado. Indica, por una parte, que se incumplió la exigencia del art. 282 bis LECrim consistente en aportar en su integridad al órgano judicial la información obtenida por el agente encubierto. Y considera que a la declaración prestada por el agente encubierto no se le exigió los requisitos de corroboración que la doctrina constitucional impone a las declaraciones de los coimputados.

Por su parte, el Ministerio Fiscal afirma que el recurrente tuvo a su disposición las mismas comunicaciones que el agente encubierto y las pudo aportar y si el agente no las aportó fue, tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo, porque se borraban automáticamente.

B) La adecuada respuesta a la queja planteada obliga a efectuar una serie de consideraciones previas. La utilización de agentes encubiertos puede tolerarse siempre que esté sujeta a restricciones y salvaguardias claras, pues el interés público no puede justificar el uso de pruebas obtenidas como resultado de la incitación policial, ya que hacerlo expondría al acusado al riesgo de verse privado definitivamente de un juicio justo (STEDH de 16 de diciembre de 2021, asunto *Yakhymovych c. Ukraine*, § 30).

La incitación policial se produce cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúan siguiendo sus instrucciones– no se limitan a investigar una actividad delictiva de manera esencialmente pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que incita a la comisión de un delito que, de otro modo, no se habría cometido, con el fin de permitir la comprobación del delito, es decir, la aportación de pruebas y el ejercicio de la acción penal (STEDH asunto *Teixeira de Castro c. Portugal*, antes citada, § 39).

En palabras de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el delito provocado «aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los cuerpos o fuerzas de seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquel, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido» (STS 871/2023, de 23 de noviembre).

La principal garantía del acusado, como se ha indicado, es la de que el Tribunal examine si los agentes del Estado que llevaron a cabo la actividad encubierta se mantuvieron dentro de los límites de un comportamiento esencialmente pasivo o los sobrepasaron, actuando como agentes provocadores.

Para decidir si la investigación fue «esencialmente pasiva» o desde otra perspectiva si la voluntad de delinquir surge en el investigado por su propia y libre decisión, deben ser examinadas las razones que justificaron la operación encubierta, en particular, si

existían sospechas objetivas de que el solicitante había participado en una actividad delictiva o estaba predispuesto a cometer un delito. Al respecto, la existencia de un procedimiento claro y previsible para autorizar las medidas de investigación que faciliten su adecuada supervisión por el órgano judicial supone una garantía para el investigado (STEDH de 4 de abril de 2017, asunto *Matanović c. Croacia*, § 123).

Por otra parte, los órganos judiciales deben verificar cualquier denuncia de delito provocado mediante un procedimiento contradictorio, minucioso, completo y concluyente a fin de conjurar si ha existido provocación delictiva, que comprenda el interrogatorio de los agentes encubiertos y de otros testigos que pudieran declarar sobre la incitación, correspondiendo a la acusación demostrar que no hubo provocación, siempre que las alegaciones del acusado no sean totalmente inverosímiles, esto es, sean defendibles. Dicha carga probatoria puede llegar a verse impedida en el caso de inexistencia de autorización formal y de supervisión de la operación encubierta (STEDH de 4 de abril de 2017, asunto *Matanović c. Croacia*, § 126, 129 y 130).

Debe indicarse que el proceso contra un investigado se vería privado de la equidad requerida por el art. 6 CEDH si las acciones de las autoridades del Estado tuvieran el efecto de incitar al solicitante a cometer el delito por el que fue condenado o los tribunales nacionales no abordaran adecuadamente las alegaciones de incitación (STEDH de 5 de febrero de 2008, asunto *Ramanauskas c. Lituania* § 73). En estos casos, la admisión de aquellas pruebas que tuvieran su origen en la provocación delictiva o la ausencia de comprobación de esta, cuando las alegaciones del acusado no fueran absolutamente inverosímiles, ocasionaría la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Este tribunal es consciente de que inicialmente esta problemática fue abordada desde el punto de vista del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual el delito provocado da lugar a la impunidad por falta de tipicidad (SSTC 11/1983, de 21 de febrero y 142/1999, de 22 de julio, FFJJ 6 y 7). Sin embargo, en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que aborda la problemática desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH)–, es incuestionable que la primera afrenta que eventualmente puede producirse en los derechos fundamentales se enmarca en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y que, no existirá la infracción del principio de legalidad sin que previamente se haya vulnerado aquel, por lo que es desde el prisma del derecho a un proceso con todas las garantías desde el que se debe abordar la señalada problemática constitucional.

C) Expuesto lo anterior y atendidas las razones que justificaron la operación encubierta, esto es, las sospechas objetivas de que el solicitante había participado en una actividad delictiva y estaba predispuesto a cometer un delito; la existencia de un procedimiento claro y previsible para autorizar las medidas de investigación y su adecuada supervisión judicial; y las pruebas practicadas a fin de conjurar la existencia de delito provocado, junto con la motivación de las resoluciones judiciales sobre la imposibilidad de aportar los mensajes de WhatsApp, debemos rechazar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

a) Existían sospechas objetivas de que el solicitante estaba participando en una actividad delictiva.

Con carácter previo a la habilitación y actuación de los agentes encubiertos, el grupo XVIII de la sección de estupefacientes de la Unidad Central de Droga y Crimen Organizado (UDYCO) pone en conocimiento mediante oficio presentado en la Fiscalía Especial Antidroga que la sección de agentes encubiertos de la UDYCO les había alertado de la presencia de una importante organización criminal de ciudadanos de origen venezolano que se dedicaban a la introducción en España de grandes cantidades de cocaína por vía aérea. Dicha comunicación se correspondía con las líneas de investigación que la UDYCO seguía en relación con el aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-

Barajas conforme a las cuales se estaría utilizando dicha infraestructura como plataforma de entrada para las sustancias estupefacientes.

El oficio destaca que la Comisaría General de Policía Judicial desde mediados de diciembre de 2018 había venido investigando dicha organización descubriendo que su principal dirigente en España se hacía llamar «Rafa», cuya función era coordinar la logística de introducción de cocaína por medio de «maleteros» en el aeropuerto. Se indica que tal circunstancia resultaba de las propias manifestaciones efectuadas por el propio «Rafa» a uno de los integrantes de la sección de agentes encubiertos, en las que indicaba estar en disposición de mandar grandes cantidades de cocaína de modo periódico, concretando el precio del rescate que no podía consistir en parte de la mercancía y la utilización de medios de comunicación encriptados.

Las medidas de seguridad adoptadas por «Rafa» para evitar y detectar seguimientos, su actitud de alerta frente a las personas que transitan en las proximidades, son circunstancias que coadyuvan a dar verosimilitud a sus manifestaciones. El modo de pago impuesto por el propio «Rafa», los distintos países de origen de la cocaína, la cantidad de sustancia que es capaz de introducir y distribuir se valoran como elementos indicativos de la preexistencia de una organización criminal, que contaba en el aeropuerto de la infraestructura necesaria para la ilícita introducción y comercialización de cocaína en España. El oficio solicita la habilitación de tres agentes encubiertos ante el carácter infructuoso de las medidas adoptadas para identificar al tal «Rafa» y la alta probabilidad de que detectara la presencia policial poniendo en riesgo el buen fin de la investigación.

b) Existencia de un procedimiento claro y previsible para autorizar las medidas de investigación.

El contenido de la comunicación presentada a la Fiscalía Especial Antidroga dio lugar a que el fiscal jefe de dicha fiscalía, mediante decreto dictado el 22 de enero de 2019, en el marco de las diligencias de investigación núm. 3-2019, con sustento en el art. 282 bis LECrim habilitara la intervención de tres agentes encubiertos por un periodo de un mes, recogiendo en los antecedentes el contenido del oficio recibido del que resultaba su necesidad y proporcionalidad. En el decreto se indica, entre otros aspectos, la obligación de informar con prontitud a dicha fiscalía del resultado de su investigación. Como se ha expuesto en los antecedentes, los agentes encubiertos dan cuenta de los avances de la investigación y de las reuniones mantenidas con el investigado lo que determina la aprobación de dos prórrogas, hasta que, atendidos los resultados de la investigación, se remiten las diligencias a la Fiscalía Provincial de Madrid, que las judicializa mediante su remisión el 4 de abril de 2019 al Juzgado Decano de Madrid.

c) Posterior control judicial de la habilitación.

El Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid incoó diligencias previas, ratificó la habilitación concedida y la prorrogó hasta el 12 de julio de 2019. El 30 de junio de 2019 se introdujo en el avión que realizaba el vuelo entre Caracas y Madrid un contenedor en cuyo interior había aproximadamente cincuenta kilogramos de cocaína, y don Alirio Ramón León Viloría avisó del envío al agente encubierto Cenia. La sustancia se sustituyó por otra inocua y se introdujo en el vehículo que utilizaba el recurrente. Cuando este se hizo cargo del mismo fue detenido y se llevó a cabo la entrada y registro en su domicilio.

Con carácter previo al acto del juicio la Audiencia Provincial admitió todas las pruebas propuestas por el recurrente.

En el acto del juicio oral, si bien el recurrente se acogió a su derecho a no declarar y solo contestó a las preguntas de su abogado, alegó que el delito había sido provocado y lo justificó indicando que el agente encubierto se había apropiado de su vehículo y le presionaba con no devolvérselo si no accedía a recibir cocaína a través de una compañía de carga del aeropuerto.

Los agentes encubiertos que intervinieron fueron sometidos a interrogatorio. El agente «Cenia» declaró que el señor León Viloria se dedicaba previamente al tráfico de cocaína, estaba en disposición de introducir en España importantes cantidades procedentes de distintos países a través del aeropuerto mediante «maleteros» y buscaba personas que pudieran ayudarle. El agente «Cenia» destacó el interés del recurrente por comprobar su capacidad para ayudarle a introducir la cocaína, los conocimientos que tenía del aeropuerto, de las formas de transporte, para verificar que podía dedicarse a dicha actividad. También declaró que fue el señor León Viloria quien le indicó el modo de comunicación a través de llamadas por WhatsApp o por otra aplicación de forma codificada con borrado automático a las veinticuatro horas.

Sobre la entrega voluntaria del vehículo al agente encubierto «Cenia», para que fuera él quien introdujera la droga en el maletero, también declaró el instructor del atestado desmintiendo una eventual presión al señor León Viloria. Este mismo agente indicó que a don Alirio Ramón le investigaban como «Rafael Lamus Araujo», pero al practicar la entrada y registro se localizó su documentación y les indicó que su verdadera identidad era la de «Alirio Ramón León Viloria», comprobando que la razón por la que actuaba con otro nombre era porque tenía una orden internacional de detención europea. Esta afirmación la efectuó ante la letrada de la administración de justicia.

Hasta siete agentes de policía declararon como testigos dando cuenta de las explicaciones que les daba el agente encubierto, así como sobre diferentes aspectos de la operativa seguida y de la falsa identidad con la que operaba el recurrente.

El letrado del señor León Viloria aportó en el acto del juicio copia del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de agosto de 2019 en el que se refiere a la orden de detención por una reclamación para el cumplimiento de una pena de veintiún años de prisión impuesta al acusado en sentencia de 14 de diciembre de 2007 del Tribunal de Apelación de Milán por la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, que resultó denegada por la Sala de lo Penal por considerar que la misma no había sido solicitada con las debidas garantías.

Todas estas pruebas fueron valoradas por la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid para descartar la existencia de provocación delictiva, concluyendo del examen de las mismas que el recurrente participaba incluso antes de conocer al agente encubierto «Cenia» en actividades de tráfico de drogas, teniendo contactos y organización en diferentes países de Sudamérica para traer a España por vía aérea importantes cantidades de cocaína. La actuación del agente encubierto es valorada como secundaria al punto que recibe del recurrente una retribución económica, lo que acredita su capacidad económica, negándose don Alirio Ramón a que el pago sea en cocaína al reservarse en exclusiva su distribución. Añade a la argumentación que se constata la existencia de una condena a veintiún años de prisión, por ser considerado jefe de una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes.

La queja sobre la falta de aportación del contenido de las comunicaciones mantenidas durante la investigación con el recurrente tuvo razonada respuesta en la sentencia de la Audiencia Provincial que, con base en la declaración del agente encubierto, sostuvo que el sistema de comunicación impuesto por el investigado comportaba el borrado automático de los mensajes de WhatsApp. En todo caso, dicha falta de incorporación ninguna relevancia podía tener en relación con el derecho de defensa del recurrente frente a la provocación delictiva, pues es obvio que en caso de no ser cierta la manifestación del agente encubierto, los mensajes estaban a disposición del recurrente y decidió no incorporarlos, ni solicitar su incorporación como prueba documental.

Finalmente, en lo que se refiere a la queja sobre la insuficiencia probatoria de las declaraciones de los agentes de policía y su equiparación a las declaraciones de los coimputados necesitada por tanto de elementos de corroboración, debe indicarse que ha sido introducida por primera vez en el recurso de amparo. En todo caso, baste recordar que este tribunal ha afirmado que las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional tienen la consideración de prueba testifical, pudiendo por ello lícitamente los tribunales

penales valorarlas, siempre que las mismas hayan sido practicadas, normalmente en el juicio oral, con las necesarias garantías procesales, y, como tal, pueden constituir válida prueba de cargo, en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso; hechos de los que, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.1 b) LOTC, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional (STC 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4).

En suma, como se ha adelantado, los órganos judiciales examinaron que la actividad encubierta se mantuvo dentro de los límites de un comportamiento esencialmente pasivo, constatando que la voluntad de delinquir surgió en el investigado por su propia y libre decisión, existiendo sospechas objetivas de que el recurrente participaba en una actividad delictiva y estaba predispuesto a cometer un delito. El cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 282 bis LECrim, para autorizar la habilitación del agente, la admisión y práctica de la totalidad de las pruebas propuestas por el recurrente y el sometimiento a interrogatorio tanto de los agentes encubiertos como de los agentes de policía que intervinieron en el operativo policial y la respuesta dada por los órganos judiciales, permite concluir que se han respetado las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) para conjurar la existencia de la provocación delictiva denunciada.

4. Marco constitucional en el que se encuadra la habilitación y actuación del agente encubierto en relación con el derecho a la intimidad.

La demanda de amparo denuncia que la actuación del agente encubierto ha ocasionado una vulneración del derecho a la intimidad del recurrente (art. 18.1 CE) al entender que el agente se ganó su confianza y accedió a la esfera más íntima del demandante, la familiar, compartiendo aspectos que excedían de la investigación y que se concreta en la presentación de su pareja sentimental. Dicha injerencia se efectuó, a su juicio, sin cumplirse los requisitos legalmente previstos (falta de competencia de la Fiscalía Antidroga, de proporcionalidad, necesidad y motivación del decreto habilitante y de control judicial de la medida).

Es preciso ahondar en los derechos fundamentales que pueden quedar concernidos por la habilitación y la actuación del agente encubierto.

a) Distinción entre la habilitación y la actuación de agente encubierto en relación con la afectación a los derechos fundamentales del investigado.

La infiltración, como genérica técnica de operativa policial que se sirve de la ocultación de la verdadera identidad y propósito del agente de policía, tiene como finalidad obtener información de quien se ha propuesto cometer un delito, para descubrir el entramado delictivo del que forma parte y obtener pruebas que serán utilizadas en un proceso ulterior. Dicha técnica adquiere una mayor potencialidad invasiva de la esfera del investigado cuando al infiltrado se le habilita como agente encubierto facilitándole documentación acreditativa de una identidad y realidad ficticia y se le exonera de la responsabilidad penal en aras a preservar al infiltrado de los riesgos físicos y jurídicos inherentes a su actuación.

Con dicha habilitación, la inicial ocultación de la identidad se transforma de modo nítido en engaño diseñado por el poder público. Se allana el terreno para el logro de la confianza del investigado en aras a obtener información sobre sus actividades y se facilita el éxito en el engaño por la autorización al agente encubierto para realizar hechos constitutivos de delito incompatibles con la actuación de un agente de policía.

En ambos casos, sea o no el infiltrado agente encubierto, es preciso distinguir, la eventual afectación en la esfera del investigado que puede producir el mero hecho de la infiltración, de la que en su caso ocasionará, aunque no necesariamente, la concreta actividad desplegada por el agente encubierto. Estos dos ámbitos, en lo que al régimen de autorización se refiere, aparecen nítidamente diferenciados en la regulación del agente encubierto (art. 282 bis LECrim).

En primer lugar, la habilitación como tal del agente encubierto puede ser concedida por el juez de instrucción competente, pero también por el Ministerio Fiscal. Esto es, para que el agente encubierto –como variante más intensa de infiltración– pueda iniciar su actividad es preciso o bien la autorización del órgano judicial, o bien la del Ministerio Fiscal. Por tanto, dicha autorización, a diferencia de lo que acontece con la circulación y entrega vigilada –entre otras de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas– en las que también está presente en cierta medida el engaño en la actuación del poder público no puede ser concedida por los responsables policiales (art. 263 bis.1 LECrim).

Las funciones de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, constitucionalmente encomendadas al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE) proyectadas sobre la habilitación del agente encubierto se tornan así en una garantía para el investigado, pudiendo prescindirse de la que resulta inmanente a la autorización judicial, pero sin dejar la autorización en manos del propio cuerpo policial. La habilitación concedida por el fiscal, pese a gozar de presunción de autenticidad (art. 5.2 EOMF) como se ha adelantado, será necesariamente sometida a control judicial una vez finalicen las diligencias preprocesales que se incoen con ocasión de la misma y se proceda a su judicialización como anteriormente se ha indicado (art. 5.3 EOMF).

En segundo lugar, la concreta actuación de investigación del agente encubierto puede afectar a derechos fundamentales cuya injerencia exija constitucional o legalmente autorización judicial, en cuyo caso deberá solicitar del órgano judicial competente tales autorizaciones singulares no siendo posible por tanto que sea el Ministerio Fiscal quien las autorice (arts. 282 bis.3 LECrim y 5.2 EOMF). Tal sería el caso de la injerencia en la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, en ciertas ocasiones, del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Así, en relación con este último, específicamente el precepto contempla la exigencia de autorización 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 del art. 282 bis LECrim o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 *ter a)* LECrim (art. 282 bis.6 LECrim). También, como se ha indicado en el fundamento jurídico 2 B), se precisará dicha autorización judicial en los supuestos contemplados en los arts. 579 y 588 bis a) a 588 *septies c)* LECrim.

b) Inexistencia de derechos fundamentales afectados por la habilitación del agente encubierto.

La actuación del infiltrado y con mayor intensidad –según se ha dejado señalado– la del agente encubierto se caracterizan por obrar con ocultación o engaño a fin de que la persona que es objeto de la investigación decida depositar su confianza en tales agentes. Con este modo de proceder se pretende obtener información sobre las actividades delictivas del investigado y las de la organización a la que pertenece.

Puede afirmarse inicialmente que forma parte de los peligros inherentes a las relaciones humanas que se puedan exteriorizar y transmitir pensamientos o informaciones con sustento en la errónea confianza depositada en el destinatario. Este puede obrar por móviles no esperados u ocultos y defraudar por ello la expectativa generada. La elección del destinatario de determinada información puede por tanto resultar de un error en la confianza depositada, sea o no causado este por engaño del destinatario de la información, sin que ello comporte que se vulnere derecho alguno.

Este argumento es el que parece sustentar la STEDH de 15 de junio de 1992, asunto *Lüdi c. Suiza*, § 40, antes citada y a la que alude el Ministerio Fiscal, cuando descarta la vulneración del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH al afirmar que «el señor Lüdi debió darse cuenta de que estaba cometiendo un acto delictivo comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 19 de la Ley sobre estupefacientes y que, por tanto, corría el riesgo de encontrarse con un agente de policía encubierto que, de hecho, se encargaba de desenmascararle». Se asumen por su titular, como manifestación de los derechos de la personalidad, los riesgos derivados de la exteriorización de pensamientos

o de la transmisión a terceros de información. Esto es, se aceptan los peligros del ejercicio del derecho a transmitir información propia o de terceros, pertenezca la misma a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), a su intimidad personal o familiar (art. 18.1 CE) o sea de público conocimiento. Esto es, la renuncia al silencio lleva consigo la asunción de los eventuales riesgos derivados de la misma.

Sin embargo, es preciso profundizar algo más. No parece que podamos afirmar que nos encontramos en la misma situación cuando no es un particular sino el Estado quien mediante engaño induce a error al sujeto investigado con la finalidad de persuadirle para que deposite en el agente de policía su confianza y así obtener pruebas incriminatorias contra él mismo y contra los que forman parte de su organización. Basta para sostener dicha distinción remitirnos a las garantías que envuelven el modo en que los poderes públicos pueden recabar información de aquellos a quienes les atribuyen un hecho punible (art. 118 LECrim).

Llegados a este punto, separándonos con ello del criterio de la asunción de riesgos sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los citados asuntos *Lüdi c. Suiza* y *Guerni c. Bélgica*, es preciso indagar si existe un derecho fundamental que pudiera verse concernido por la mera habilitación concedida por el Ministerio Fiscal al agente encubierto.

Podemos afirmar que no existe en la Constitución un denominado derecho a la autodeterminación comunicativa y también que la habilitación del agente encubierto no alcanza *per se* al derecho a la intimidad del investigado tal y como hemos venido configurando su contenido (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 186/2000, FJ 5; 196/2004, FJ 2; 206/2007, FJ 4, y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). En efecto, la intimidad, la inviolabilidad domiciliaria o el secreto de las comunicaciones pueden verse afectados por la concreta actuación del agente infiltrado o encubierto, pero no por el solo hecho de autorizar su actuación o habilitación como tal.

De modo que la infiltración o la habilitación del agente encubierto por sí mismas no limitan el derecho fundamental a la intimidad. Esa es la razón por la que el art. 282 bis LECrim atribuye al Ministerio Fiscal, quien estatutariamente no puede adoptar «medidas cautelares o limitativas de derechos» (art. 5.2 EOMF), la facultad de autorizar a funcionarios de la policía judicial, mediante resolución fundada a que actúen bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Ahora bien, es cierto que una irregular e injustificada habilitación del agente encubierto podría comprometer principios constitucionales tales como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) o valores jurídicos fundamentales como la dignidad de la persona o el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) que se verían conculcados si los poderes públicos injustificadamente autorizaran a obtener mediante engaño informaciones de cualquier persona.

Sin embargo, solo en la medida en que la habilitación afecte a derechos tutelables «en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona [y añadimos: o del libre desarrollo de la personalidad], habrá de ser esta tomada en consideración por este tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4).

De modo que no viéndose afectado el derecho a la intimidad por la mera habilitación al agente encubierto –prevista en el art. 282 bis.1 LECrim–, solo queda por examinar si la concreta actuación realizada supuso una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad invocado (art. 18.1 CE).

De ser así, al venir determinada la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales por la estricta observancia del principio de proporcionalidad [como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo,

FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8] será conveniente verificar entonces si la misma supera el juicio de proporcionalidad, esto es, constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

5. Inexistencia de injerencia en el derecho a la intimidad por la concreta actuación del agente encubierto.

a) Conviene recordar que la demanda de amparo denuncia que la actuación del agente encubierto ha ocasionado al demandante una vulneración del derecho a la intimidad: por la prolongación de su actuación; por el hecho de haberse ganado su confianza –llegando a dispensarle en sus mensajes el tratamiento de «amigo»–; así como por haber accedido a su esfera más íntima –la familiar– que el demandante justifica en la presentación de su pareja sentimental lo que a su juicio se infiere del contenido de las reuniones del 28 de febrero y 15 de marzo de 2019 en las que la mujer que acompaña al recurrente es identificada como su pareja.

Por su parte el Ministerio Fiscal, además de sostener que, atendida la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la intimidad no parece afectada por la actuación del agente encubierto –extremo sobre el que ya nos hemos pronunciado–, considera que la mera prolongación de la actuación del agente encubierto no es indicativa de injerencia en la intimidad del recurrente, sino que viene acompañada de la acreditación de hechos que revelen la efectiva intromisión. Por otra parte, de la documentación obrante en la pieza separada resulta que la supuesta invasión en la intimidad no fue más que un acto puramente cortés de presentación de dos personas que previamente no se conocían, lo que es notoriamente insuficiente para sostener la injerencia en la intimidad familiar del demandante. Afirma que las notas interiores emitidas por el agente encubierto dando cuenta de las reuniones y manifestaciones no revelan la invasión en la vida privada del recurrente.

b) La vulneración del derecho fundamental a la intimidad debe ser desestimada por varias razones.

En primer lugar, como bien indica el Ministerio Fiscal, la prolongación de la actuación del agente encubierto o que este hubiera logrado ganarse la confianza del recurrente que le llegó a llamar «amigo», en nada conciernen al contenido del derecho a la intimidad, entendido este como «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4, y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)» (STC 92/2023, de 11 de septiembre). La confianza depositada en el agente encubierto no supone por sí misma una intromisión en la esfera íntima del investigado, nada desvela de aquellos espacios resguardados de la curiosidad ajena que el derecho invocado protege. Por tanto, no puede considerarse tan siquiera que tales extremos supongan una injerencia en el derecho a la intimidad.

Por otra parte, la misma conclusión debe alcanzarse en relación con la vulneración del derecho a la intimidad derivada del eventual acceso a aspectos íntimos de la intimidad familiar, que el recurrente concreta en la presentación al agente de policía de su pareja sentimental, circunstancia esta que resultaría de las actas de las reuniones mantenidas los días 28 de febrero y 15 de marzo de 2019. La premisa, que no aparece acreditada en las resoluciones impugnadas, no es sostenible y aunque lo fuera no afectaría al derecho invocado.

Del examen de la pieza separada consta que en la reunión de 28 de febrero de 2019 el recurrente acude acompañado de una mujer «sin identificar» que se marcha al iniciarse la reunión y una vez finalizada vuelve para irse con «Rafa»; en la reunión del día 12 de marzo de 2019 indica el acta que aparece con la misma mujer y una niña pequeña «las cuales parecen ser pareja e hija del investigado»; en la reunión de 15 de marzo de 2019, se señala en la información remitida que el investigado «está esperando dentro del local, acompañado por su pareja sentimental. Después de los saludos correspondientes, 'Rafa' invita a salir a 'Cenia', y caminando por el centro comercial comentan aspectos de la organización».

Del contenido de las actas de las reuniones referidas por el recurrente y de la reunión mantenida el 12 de marzo de 2019 –esta omitida por el demandante de amparo–, resulta que al agente encubierto no le fue presentada la mujer «sin identificar» que acompaña al recurrente –así se refiere a la misma el agente en el acta de 28 de febrero de 2019–. Queda además claro que el recurrente no le indica que dicha mujer sea su pareja, pues en el acta de la reunión del día 12 de marzo de 2019 el agente encubierto afirma que el recurrente aparece con la misma mujer y una niña pequeña, e infiere que «parecen ser pareja e hija del investigado». Y, finalmente en la última reunión da por hecho que es su pareja, al ver que es acompañado por la misma mujer.

Lo que resulta de las aludidas actas, en relación con este aspecto de la intimidad familiar, es que al agente encubierto ni le fue presentada la mujer que acompañaba al investigado, ni este le llegó a explicitar el tipo de relación que mantenía con la misma. La afirmación de la relación entre la desconocida mujer y el investigado fue consecuencia de una inferencia –acertada o no– que el agente efectuó como consecuencia de que la mujer acompañara al investigado en tres ocasiones y en una de ellas con «una niña pequeña». Es más, del contenido de las notas aportadas resulta que el investigado mantuvo alejado al agente encubierto de su entorno familiar, pues dicha mujer no participó en las reuniones, bien porque se marchó cuando el investigado y el agente se encontraron, bien porque el propio «Rafa» invita a salir a «Cenia» del establecimiento en el que le esperaba con dicha mujer y de este modo poder tratar reservadamente de la introducción de la cocaína en España.

Descartada la premisa en la que se asienta la vulneración y con ella la existencia de injerencia alguna en el derecho a la intimidad del recurrente (art. 18.1 CE), no es necesario argumentar acerca de la notoria insuficiencia en la que se sustenta la afectación a la intimidad familiar sostenida por el recurrente y tampoco, por razones obvias, si se cumplieron las exigencias legales y si la inexistente injerencia supera el juicio de proporcionalidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido denegar el amparo solicitado por don Alirio Ramón León Vilorio.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de junio de dos mil veinticuatro.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–Inmaculada Montalbán Huertas.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–César Tolosa Tribiño.–Juan Carlos Campo Moreno.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.

Voto concurrente que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente del Tribunal Constitucional, a la sentencia dictada en el recurso de amparo abogado núm. 4949-2021

Con pleno respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros, plasmada en la sentencia que desestima la presente demanda de amparo, a la que me sumo, estimo oportuno, no obstante, hacer valer mi discrepancia con alguno de sus fundamentos, que considero precisados de una mayor matización.

Me refiero al fundamento jurídico 2, letra C), en el que se aborda la cuestión de la comunicación por el fiscal a la autoridad judicial del acuerdo por el que habilita a un funcionario de la policía judicial para actuar como agente encubierto en la investigación de hechos indiciariamente constitutivos de delito, pero que todavía no han suscitado la incoación de una instrucción judicial, cuestión que involucra el tiempo y forma del ejercicio de las potestades judiciales sobre tal investigación.

Hemos de partir, obviamente, del propio tenor del art. 282 bis.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), que establece que, a los fines previstos en el artículo anterior, donde se enuncian las funciones de la policía judicial –averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes, y recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito– el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al juez, podrá autorizar a determinados funcionarios integrantes de la misma, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, para que actúen como agentes encubiertos, lo que supone autorizarles para actuar bajo identidad supuesta, así como para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. El mandato normativo es explícito en lo concerniente al momento en que ha de ser cumplimentado –inmediatamente– pero indeterminado en cuanto a su causa y efectos, lo que genera un grado de incertidumbre que solo el legislador podría despejar.

El presente caso es ilustrativo de esa incertidumbre. La demanda de amparo sostiene que la inobservancia del mandato de inmediatez en la comunicación fiscal-autoridad judicial trascendió la mera infracción de legalidad ordinaria para convertirse en causa eficiente –al menos una de las causas relevantes– de la vulneración de los derechos fundamentales invocados, argumentando que la demora en la dación de cuenta de dos meses y catorce días, «plazo que bajo ningún concepto ni interpretación posible puede entenderse como inmediato», generó indefensión y redundó en «una investigación en la que se han llevado a cabo medidas vulneradoras de derechos, al menos del derecho a la intimidad, a espaldas del órgano judicial», porque «la dación de cuenta al órgano judicial debe efectuarse cuando se produzca una injerencia destacable en los derechos fundamentales del investigado, siendo este y no la existencia de indicios de delito, lo que determina el momento de poner los hechos en conocimiento del órgano judicial», considerando que «la utilización de agente encubierto, de por sí, ya produce una injerencia en el derecho a la intimidad del investigado y que tal injerencia va *in crescendo* en el desarrollo de la investigación».

Esta alegación ha sido respondida en un apartado consagrado a dilucidar el alcance y sentido de la dación de cuenta inmediata al juez de la autorización concedida por el Ministerio Fiscal [fundamento jurídico 2 C)] en el que se auspicia una interpretación sistemática y finalista del art. 282 bis LECrím, en conexión con otras normas orgánicas y procesales aplicables (arts. 5.2 EOMF y 773 LECrím) que confieren al fiscal la potestad autónoma de investigar hechos con apariencia delictiva sin supervisión judicial, de la que se concluye que no se produjo realmente una demora en la dación de cuenta porque el art. 282 bis.1 LECrím se refiere al momento en que las diligencias preprocesales alcanzan su finalidad o agotan su plazo legal, no al momento mismo en que se dicta el decreto de habilitación del agente encubierto.

Manifiesto mi conformidad con el planteamiento, pero no con la conclusión alcanzada, que fuerza, de manera innecesaria, el claro tenor literal del precepto. Convento en que interpretar la dación de cuenta como vía para que el órgano judicial receptor asuma sin solución de continuidad la instrucción de la causa, conduce a un

resultado ilógico, en cuanto contradictorio con el sentido y finalidad de la norma, porque supondría entender que el mismo precepto confiere al fiscal la potestad de investigar hechos con apariencia delictiva con la técnica del agente encubierto para, a renglón seguido, cercenarla de manera irreversible.

No es apreciable, sin embargo, incompatibilidad alguna entre la inmediatez de la dación de cuenta del decreto de habilitación del agente encubierto, y la prosecución por el fiscal de su investigación preprocesal hasta alcanzar su propósito de esclarecimiento de los hechos, quedando la autoridad judicial a la espera del resultado que le comunique el fiscal. Esta es, precisamente, la práctica habitualmente seguida en nuestro país en las investigaciones de actividades constitutivas de tráfico de sustancias estupefacientes propias de la delincuencia organizada, lo que revela una opinión común entre las autoridades judicial y fiscal competentes para su persecución, cuyo valor no puede ser ignorado. Como tampoco debe ser ignorada la congruencia de dicha praxis con la relevante intervención que tiene el Ministerio Público español en el área de la cooperación judicial internacional con Estados de nuestro entorno que reconocen a sus fiscales autoridad para utilizar esta técnica de investigación sin supervisión judicial inmediata.

Considero, por lo tanto, que las exigencias del art. 282 bis LECrim quedan debidamente colmadas si el decreto de habilitación del agente encubierto dispone expresamente su inmediata comunicación a la autoridad judicial y así se cumple. Cuestión distinta es dilucidar a qué concreto órgano judicial se debe remitir la comunicación, pues las diligencias preprocesales del fiscal se desarrollan, por definición, en ausencia de existencia de procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 773.2, 3 LECrim). En cualquier caso, esta es una cuestión de legalidad ordinaria que no corresponde dirimir a este tribunal.

En atención a lo expuesto, considero que la omisión de la comunicación inmediata del decreto de habilitación de los agentes encubiertos denunciada en la demanda de amparo infringió el mandato del art. 282 bis.1 LECrim, pero que de ese incumplimiento no se ha derivado ni una situación de indefensión material del demandante de amparo, ni una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad.

Madrid, a cuatro de junio de dos mil veinticuatro.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—
Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan las magistradas doña Inmaculada Montalbán Huertas y doña María Luisa Segoviano Astaburuaga respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo abogado núm. 4949-2021

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a los magistrados y magistradas del Tribunal, formulamos el presente voto particular para exponer nuestra discrepancia con la fundamentación utilizada para descartar que la actuación ordinaria de los agentes encubiertos sea susceptible de incidir en el ámbito de protección del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y, por tanto, que resulte innecesario en estos casos que la jurisdicción de amparo haga aplicación del parámetro de control de constitucionalidad que le es propio.

1. El art. 282 bis LECrim regula la posibilidad de autorizar a funcionarios de la policía judicial, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La sentencia concluye que la actuación ordinaria de estos agentes no implica una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad de las personas que puedan ser objeto de investigación. Los argumentos utilizados para sustentar esta conclusión no tienen, a nuestro parecer, solidez suficiente por las razones que se exponen en el presente voto.

2. El argumento principal de la sentencia, expuesto en su fundamento jurídico 4, proviene directamente de la regulación legal de este medio de investigación. Se argumenta que, si el art. 282 bis.3 LECrim establece que «[c]uando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables»; y el art. 282 bis.1 LECrim, atribuye al Ministerio Fiscal la posibilidad de autorizar la actuación de un agente encubierto, a pesar de que según el art. 5.2 EOMF no puede adoptar «medidas cautelares o limitativas de derechos», es porque la actuación ordinaria de los agentes encubiertos no afecta a derechos fundamentales ni, por tanto, al derecho a la intimidad.

Sin perjuicio de otras consideraciones, como que no resulta adecuado utilizar previsiones legales para delimitar el ámbito de protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, incluso las de configuración legal, ya que ello implica subvertir el sistema constitucional de fuentes, este argumento nos parece que no tiene la necesaria capacidad de convicción.

La previsión del art. 282 bis.3. LECrim –la obligación del agente encubierto de que ante concretas actuaciones de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales deba solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezcan la Constitución y la ley– debe ponerse en relación directa con la eventualidad de que en el desarrollo de la actividad ordinaria del agente encubierto puedan surgir actuaciones específicas en las que por quedar afectados otros derechos fundamentales resulte necesaria esa autorización judicial bien por exigencias constitucionales –entrada y registro de un domicilio (art. 18.2 CE) o apertura de comunicaciones postales (art. 18.3 CE), por ejemplo–; bien por exigencia legal –entrada y registro en locales o lugares que no constituyan domicilio (arts. 546 y 547 LECrim), solicitudes de número IP de dispositivos (art. 588 *ter* k LECrim), o colocación de localizadores GPS en vehículos (art. 588 *quinquies* b LECrim), por ejemplo–. De ese modo, se trata de un argumento que no parece disociar adecuadamente dos realidades diferentes en la actuación de los agentes encubiertos, careciendo de la suficiente solvencia para concluir que, en sí misma considerada, la actuación ordinaria de un agente encubierto no supone una injerencia en el derecho a la intimidad, especialmente tomando en consideración que también se exige para su actuación la autorización judicial o la puesta en conocimiento inmediato del juez en el caso de que la autorice el Ministerio Fiscal (art. 282 bis.1 LECrim).

Del mismo modo, el argumento de que si el art. 282 bis LECrim habilita al Ministerio Fiscal para autorizar la actuación de un agente encubierto, a pesar de que según el art. 5.2 EOMF no puede adoptar «medidas cautelares o limitativas de derechos», es porque esta medida no afecta a derechos fundamentales, tampoco resulta convincente al incurrir en la misma confusión. La previsión del art. 5.2 EOMF aparece referida a aquellos supuestos en los que las medidas cautelares o limitativas de derechos están relacionados con limitaciones de derechos fundamentales que exigen constitucionalmente la garantía judicial previa o así venga exigida en su desarrollo legislativo. No se refiere, como es el caso del derecho a la intimidad, a derechos en los que, según jurisprudencia constitucional, el legislador tiene cierto margen para configurar o moderar la garantía judicial o, incluso, en casos excepcionales y urgentes, prescindir de ella (así, STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 10). Por tanto, la previsión conjunta del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, prohibitiva de la adopción de medidas limitativas de derechos por el Ministerio Fiscal, y del art. 282 bis.1 LECrim, que habilita a este para autorizar (con inmediata comunicación al juez) la actuación de los agentes encubiertos no permite concluir que no se trata de una figura limitativa del derecho fundamental a la intimidad.

3. Frente a los argumentos utilizados en la sentencia cabe incidir en que, sin perjuicio de reiterar que es a este tribunal al que corresponde, en última instancia, establecer si la actuación ordinaria de los agentes encubiertos es susceptible de suponer

una injerencia en el derecho a la intimidad, se evidencia un amplio consenso en la comunidad jurídica más especializada en favor de una respuesta positiva.

(i) La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tanto antes de la regulación específica de los agentes infiltrados como con posterioridad, ha sostenido en diversas ocasiones que la actividad ordinaria de un agente encubierto es susceptible de afectar al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Así, por ejemplo, antes de la regulación de esta figura por la Ley Orgánica 5/1999, ya se aludía expresamente a este derecho al afirmar que la intervención de un agente encubierto «es una injerencia en la vida privada del sospechoso, y debiera estar prevista en la ley las condiciones de su ejercicio, reservándola a las infracciones penales especialmente graves» (STS 7382/1993, de 3 de noviembre). Con posterioridad, ha seguido manteniendo esa misma posición, pudiendo citarse como ejemplo la propia sentencia de casación impugnada en el presente recurso de amparo, en la que también se reconoce que se trata de una actuación restrictiva del derecho a la intimidad, aunque legítima en el caso concreto, al afirmar que «[e]l conflicto de la posible afectación de la intimidad ha sido deshecho y destruido por la validación de intervención del fiscal, y previa ponderación de los intereses en juego y la permisividad *ex lege*, art. 282 bis LECrim para conseguir el buen fin de la investigación policial en la persecución de los hechos delictivos» (fundamento de derecho tercero).

(ii) El legislador así lo da por supuesto no solo cuando la regulación de la actuación de los agentes encubiertos (Ley Orgánica 5/1999) y sus posteriores modificaciones en cuanto a los delitos objeto de este medio de investigación (leyes orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre, o 5/2010, de 22 de junio) se hace a través de ley orgánica, tomando como presupuesto que supone el desarrollo de un derecho fundamental (art. 81.1 CE), sino porque explícitamente así lo reconoce en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1999, al reconocer que «estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático».

(iii) Es una conclusión también reiterada recientemente por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 27 de abril de 2023 sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de enjuiciamiento criminal y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y por la que se regulan los equipos conjuntos de investigación. En este informe, ante la propuesta de modificación del art. 282 bis LECrim sobre los agentes encubiertos también se afirma que «[a] la vista de lo señalado en la disposición final primera, anteriormente transcrita, y en relación con la naturaleza de la ley proyectada, cabe hacer las siguientes observaciones: [...] (ii) El artículo dos, destinado a introducir importantes reformas en la Ley de enjuiciamiento criminal en la regulación de la figura del agente encubierto y en las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación, afecta de manera directa a derechos fundamentales, por lo que configura un contenido propio reservado a la ley orgánica».

4. La sentencia también sostiene en el fundamento jurídico 2 D) que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos descarta que la actuación del agente encubierto afecte al derecho a la intimidad (art. 8 CEDH) del investigado,

incidiendo en que solo puede afectar al derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) en caso de existir incitación al delito por parte del agente encubierto.

Consideramos que un análisis más detenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no permite compartir esa apreciación. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la invocación del art. 8.1 CEDH –derecho a la intimidad– en el contexto de la actuación de los agentes encubiertos en las resoluciones citadas en la sentencia. La primera de ellas sería la STEDH de 15 de junio de 1992, asunto *Lüdi c. Suiza*, en la que existe una afirmación explícita de que «en el presente caso la utilización de un agente encubierto no afectó, ni en sí misma ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera de la vida privada en el sentido del artículo 8»; justificándolo en que a partir del momento en el que el demandante ofreció al agente encubierto la venta de droga «debió darse cuenta de que estaba cometiendo un acto delictivo comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 19 de la Ley sobre estupefacientes y que, por tanto, corría el riesgo de encontrarse con un agente de policía encubierto que, de hecho, se encargaba de desenmascararle» (§ 40). Ya más modernamente en la STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto *Guerni c. Bélgica*, se afirma, ante la invocación del art. 8 CEDH, «que no puede haber injerencia en el sentido del artículo 8 cuando, gracias a diversas iniciativas tomadas por el demandante y a petición de uno de los acusados, el agente de policía encubierto se declaró dispuesto a hacerse cargo del transporte de drogas que eran objeto de un importante tráfico internacional de drogas organizado por el demandante y los demás acusados (véase *Lüdi*, antes citada, § 40)» (§ 73).

Ambas resoluciones resultan muy escuetas y apodícticas en su análisis de la invocación del derecho a la intimidad para establecer una lectura conclusiva como la extraída en la sentencia sobre que la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que la figura de los agentes encubiertos no supone en sí misma una afectación en el derecho a la intimidad del art. 8.1 CEDH. En principio, no puede excluirse que la afirmación de la falta de injerencia se haga con fundamento en el art. 8.2 CEDH, esto es, en que la injerencia, aun existiendo, no es ilegítima. Esa parece la conclusión más razonable no solo si se toma en consideración que el argumento utilizado en ambas resoluciones es el carácter ilícito de la inmediata propuesta previa del interesado al agente encubierto para la adquisición de drogas, lo que remitiría a la concurrencia en esos casos de motivos de prevención delictiva legitimadores de la injerencia en la intimidad personal; sino, muy especialmente, porque en la sentencia *Lüdi c. Suiza* se hace la afirmación de que no existe dicha injerencia incluso en combinación con las escuchas telefónicas desarrolladas en aquel caso, que es indubitado que se trata de una actuación que sí afecta, en los términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al derecho a la intimidad, aunque pueda ser legítima en los términos del art. 8.2 CEDH.

Por otra parte, también cabe destacar la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se reitera que actuaciones ordinarias de los agentes encubiertos implican una injerencia en el derecho a la intimidad. Así, por ejemplo, la elaboración de fichas o tarjetas sobre la conducta profesional o empresarial de una persona y su almacenamiento (STEDH de 16 de febrero de 2000, asunto *Amann c. Suiza*, § 65 a 67, o de 4 de mayo de 2000, asunto *Rotaru c. Rumanía*, § 43 y 44). A esos efectos, la STEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Uzun c. Alemania*, reconoce que «el Tribunal ha considerado que la recopilación y el almacenamiento sistemáticos de datos por parte de los servicios de seguridad sobre individuos concretos, incluso sin el uso de métodos de vigilancia encubiertos, constituía una injerencia en la vida privada de estas personas» (§ 46) con cita de las dos resoluciones anteriores; al igual que aquellos casos en los que, aun tratándose de medidas realizadas fuera del domicilio de un particular o de sus locales privados, resulta vigilada ya que «pueden surgir consideraciones sobre la vida privada una vez que exista un registro sistemático o permanente de dicho material procedente del dominio público» (§ 44). En conexión con ello, en el presente caso en la pieza separada del agente encubierto constan hasta un

total de ocho informes elaborados por el agente encubierto en relación con la actividad del recurrente, así como numerosas fotos tomadas del mismo en lugares públicos.

En definitiva, consideramos que la jurisprudencia invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo carece de solidez para sustentar la conclusión de la sentencia de descartar la potencial afectación que supone la actuación ordinaria de los agentes encubiertos en el derecho a la intimidad; sino, al contrario, que cabe fundamentar en ella, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, que dicha actuación se desarrolla dentro del ámbito de protección constitucional del derecho fundamental a la intimidad.

5. La jurisprudencia constitucional aporta pronunciamientos relevantes a partir de los cuales consideramos que debía haberse intentado desarrollar una más amplia reflexión sobre la posibilidad de concluir que la actuación ordinaria de los agentes encubiertos implica una injerencia en el ejercicio del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos sujeto de investigación.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, lo que atribuye a su titular el poder de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, de una publicidad no querida y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a terceros, sean particulares o poderes públicos, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, que no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado (así, con amplias referencias, STC 92/2023, de 11 de septiembre, FJ 6).

La jurisprudencia constitucional también ha destacado, en línea con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado, ya que limitar el ámbito de protección de este derecho a un círculo íntimo en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo resultaría muy restrictivo; poniendo de manifiesto que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada por lo que su protección se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (así, por ejemplo, STC 12/2012, FJ 5).

Un elemento igualmente apreciado por la jurisprudencia constitucional para determinar aquellas manifestaciones de la vida personal que resultan protegidas por el derecho a la intimidad es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, como es el que se desarrolla en lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado (así, por ejemplo, SSTC 12/2012, FJ 5; 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4, o 92/2023, FJ 6).

Por último, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha destacado como elementos relevantes para delimitar el contenido del derecho a la intimidad: (i) la toma de fotografías obtenidas clandestinamente, por ser ello expresivo de que el individuo no abriera al público conocimiento su ámbito reservado de intimidad (así, SSTC 12/2012, FJ 6; 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7; 7/2014, de 27 de enero, FJ 4, o 18/2015, de 16 de febrero, FJ 5); y (ii) la utilización de dispositivos ocultos de captación de la voz y la imagen, basado en un ardid o engaño simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones, así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones (así, SSTC 12/2012, FJ 6, o 25/2019, FJ 6).

En aplicación de estas consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha concluido que constituían una injerencia en el ámbito de protección del derecho a la intimidad actuaciones como, por ejemplo, la toma de fotografías en lugares públicos de manera clandestina con desconocimiento de los afectados (así, SSTC 176/2013, FJ 7, o 7/2014, FJ 4); grabaciones con cámaras ocultas en despachos profesionales haciéndose pasar por clientes (STC 25/2019, FJ 8) o la colocación de cámaras en un garaje de uso comunitario (STC 92/2023, FJ 6).

6. En atención a esta jurisprudencia, parece razonable concluir que cualquier clase de información obtenida mediante un engaño policial, con independencia de que aparezca referida a la vida personal, familiar, social o profesional, que haya sido obtenida en ámbitos respecto de los que existan unas expectativas razonables de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, plasmada en informes escritos o recogidas en soportes audiovisuales o fonográficos, estaría protegida por el derecho a la intimidad, ya que las informaciones así obtenidas no se facilitarían espontáneamente a este si supiera que se trata de un agente policial.

Ciertamente, resulta posible admitir, desde la perspectiva constitucional del ámbito de protección del derecho a la intimidad, que, a pesar de mediar un engaño, no toda información que pudiera aportarse al agente encubierto pudiera tratarse objetivamente de materia íntima o reservada del afectado. Ahora bien, no consideramos que resulte convincente excluir, como se hace en la sentencia, que la actuación ordinaria de estos agentes encubiertos resulte susceptible por sí sola de suponer una injerencia en el derecho a la intimidad en atención a que tiene su fundamento en la creación de relaciones de confianza con los sujetos investigados, que son más acusadas en aquellas operaciones que hayan tenido una cierta duración e intensidad frente a otras interacciones de carácter más puntual.

Por tanto, sin perjuicio de poder considerar que, en el caso concreto planteado en el presente recurso, la actuación controvertida pudiera considerarse como una injerencia constitucionalmente lícita en el derecho a la intimidad del investigado, hemos creído necesario, en aras de lo que entendemos que debe ser una correcta comprensión y delimitación del ámbito de protección constitucional del derecho fundamental a la intimidad, dejar constancia de que, a nuestro parecer, existen argumentos con suficiente solidez que hubieran debido llevar a concluir que la actuación ordinaria de los agentes encubiertos supone una injerencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Madrid, a cuatro de junio de dos mil veinticuatro.—Inmaculada Montalbán Huertas.—
María Luisa Segoviano Astaburuaga.—Firmado y rubricado.

Voto particular discrepante que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 4949-2021

1. Mi desacuerdo con la decisión y la justificación de la desestimación del recurso de amparo se sustenta en varios motivos. Primero, no comparto que la infiltración policial bajo la forma del agente encubierto no suponga una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad del investigado (art. 18.1 CE). Es más, la indagación policial encubierta compromete este derecho y también afecta a la libertad de autoincriminación (art. 24.2 CE). Segundo, aceptada esta premisa debe concluirse la necesaria intervención del juez para autorizar la actuación del policía encubierto en garantía de los derechos fundamentales. Así lo prevé el art. 282 bis LECrim. La mayoría entiende que el fiscal solo está obligado a dar cuenta al juez, no inmediatamente como dice el texto del precepto, sino al momento de concluirse sus diligencias de carácter preprocesal. Al autorizar una medida de investigación invasiva de la esfera privada del indagado es el juez quien debe examinar que concurren los requerimientos del principio de proporcionalidad. La conculcación de la garantía jurisdiccional debería conllevar el otorgamiento del amparo. Tercero, la vulneración del derecho fundamental a la intimidad incide sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haberse

aprovechado una prueba que conculca aquel derecho fundamental y, para respetar el derecho a la presunción de inocencia del demandante, procedía anular la sentencia para que la Audiencia Provincial valorara si, expulsada del cuadro de la prueba la relacionada con el testimonio de los agentes encubiertos, había otra desconectada jurídicamente y de carácter incriminatorio.

2. La figura del agente encubierto se introdujo por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, que regulaba además la entrega vigilada. En realidad, la reforma legal venía a legitimar técnicas operativas policiales relacionadas con la infiltración en redes, estructuras organizadas y movimientos sociales, siendo la investigación encubierta una medida penal de fuerte raigambre antiliberal, en expansión. Porque, en el fondo, se trata de que el juez –según nuestra sentencia, el fiscal en diligencias secretas– autorice, en nombre de la eficacia de la persecución penal, a agentes policiales a realizar acciones ilícitas con la finalidad de perseguir delitos relativos a drogas prohibidas y crimen organizado. La interrogación va de suyo, ¿acaso el Estado puede autorizar a sus agentes a cometer delitos contra las personas? Pero, la importancia de la decisión reside en el hecho de que en estos veinticinco años de vigencia del precepto es la primera vez que el Tribunal reflexiona sobre la actuación encubierta de la policía y su relación con los derechos fundamentales de los sujetos del proceso penal. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede servir de guía, porque en los dos asuntos en que ha tratado esta medida –*Lüdi c. Suiza y Guerni c. Bélgica*, que se citan en la sentencia– ha descartado la vulneración del art. 8 CEDH en el caso al estimar que la injerencia era proporcionada, pero no ha dicho que la actuación de agentes encubiertos no afectase a la intimidad.

3. La investigación policial encubierta que contempla la Ley de enjuiciamiento criminal supone la atribución de una identidad ficticia al agente y su habilitación para interactuar con el investigado por un periodo de seis meses prorrogables. Para determinar la afectación al derecho fundamental a la intimidad es preciso identificar los rasgos de este método de acción policial. Dice nuestra sentencia que «la inicial ocultación de la identidad se transforma de modo nítido en engaño diseñado por el poder público. Se allana el terreno para el logro de la confianza del investigado en aras a obtener información sobre sus actividades y se facilita el éxito en el engaño por la autorización al agente encubierto para realizar hechos constitutivos de delito incompatibles con la actuación de un agente de policía». De acuerdo. En teoría, para obtener información reservada del propio investigado el policía camuflado debe ganarse su confianza, pasar de ser un sujeto extraño a una persona próxima. Y para lograr ese crédito personal que el investigado no le concedería a un policía, debe desarrollar una estrategia de manipulación, de encubrimiento, confusión y falsedad, con intensa interacción personal con el indagado y su círculo de relación, estableciendo lazos de amistad y complicidad como forma de sorprender al objetivo y acceder a espacios e información –personal, familiar, profesional y económica– que este resguarda del escrutinio de terceros, sobre todo si pueden ser agentes del Estado. La confianza es la firme esperanza que se tiene en alguien, que logra desplazar las cautelas que cualquier persona prudente observa para hacer o decir en presencia de otro, y alienta una actitud o un estado de ánimo para actuar de una determinada manera bajo la expectativa del éxito. De manera que quien confía, debilita o suprime las medidas de protección de su esfera privada que adoptaría de no existir la confianza.

En la naturaleza de la figura penal del agente encubierto, y en su propia función, radica la necesidad de acceder a espacios o esferas reservadas por el investigado con la finalidad de obtener información que este oculta al escrutinio ajeno.

La decisión de considerar innecesario el control judicial parte de una afirmación que no comparto. La habilitación del agente encubierto se reitera, no limita por sí mismo el derecho fundamental a la intimidad. Hay un entendimiento equivocado del derecho a la

intimidad cuando la sentencia dice que «[l]a confianza depositada en el agente encubierto no supone por sí misma una intromisión en la esfera íntima del investigado, nada desvela de aquellos espacios resguardados de la curiosidad ajena que el derecho invocado protege», a propósito de la consideración de «amigo» que le daba el recurrente o de que el policía hubiera conocido a su pareja y a su hija, una niña pequeña.

4. Esta es la cuestión crucial, que la doctrina constitucional debe atender. El derecho fundamental del art. 18.1 CE implica un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario en nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida, que se traduce en un poder jurídico de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, al margen de cualquier consideración sobre el contenido de lo que se quiere mantener bajo reserva (STC 176/2013, FJ 7). Es un derecho al secreto de esta información. La intimidad que protege la Constitución no se reduce a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado, que parece la consideración de la argumentación de la sentencia de la que discrepo. Se proyecta al círculo íntimo en el que el sujeto desenvuelve su libre personalidad y conduce su vida sin injerencias externas. Existe, ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la «vida privada» (STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Von Hannover c. Alemania*, § 69). El criterio para delimitar manifestaciones de la vida privada, ha señalado la doctrina constitucional, es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en la misma circunstancia, pueda albergar de encontrarse a resguardo de la observación o el escrutinio ajeno (STC 12/2012, FJ 5). Por lo tanto, la intimidad ya sea considerada desde la perspectiva espacial o material, como derecho de reacción y exclusión en el primer supuesto, derecho de libertad en el segundo, protege la información sobre la persona y regula quién y de qué manera puede acceder a ella. El derecho a la intimidad tutela una esfera de autonomía personal, garantía de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad como principios que fundan el orden político, y en su virtud toda persona goza de poder jurídico para mantener bajo reserva la información sobre su vida y sus actividades. De forma que solo el consentimiento válido del titular del derecho permitirá la intromisión legítima en dicho espacio.

El agente encubierto penetra en la esfera privada del investigado gracias al engaño y la manipulación, por lo que no puede hablarse de libre consentimiento. Dato que desconoce la sentencia. Sobre el ardid o engaño y su relevancia para detectar una injerencia en el derecho fundamental pueden consultarse dos sentencias sobre el periodismo que emplea «cámara oculta», donde hemos considerado que la ausencia de conocimiento y de consentimiento respecto a la intromisión en la vida privada del titular del derecho fundamental es «factor decisivo en el enjuiciamiento de los derechos en conflicto» (en dichas sentencias, entre la intimidad y la libertad de información, en este caso el conflicto enfrenta los derechos del investigado y la eficacia de la acción policial, bien jurídico que recoge el art. 126 CE; SSTC 12/2012, y 25/2019).

Teniendo presente estos elementos, podemos afirmar que la intervención de un agente encubierto que con nombre supuesto interactúa con el investigado durante periodos temporales de hasta seis meses, prorrogables, para ganarse su confianza y adquirir información que este mantiene secreta, supone una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad, con las consecuencias que ello tiene.

Sin embargo, la sentencia justifica la ausencia de menoscabo del derecho con argumentos formales que eluden la cuestión y que nada dicen sobre la incidencia en la intimidad del investigado. Así, se dice que el fiscal no puede legalmente adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales y que el art. 282 bis.3 contempla la intervención del juez solo para el caso de que las actuaciones del agente puedan afectar a tales derechos.

5. No puede olvidarse que la relación de confianza que el agente policial entabla con el sujeto objetivo de la persecución penal, las comunicaciones que entre ellos

sostienen, en la medida que encubren un interrogatorio informal por ardid, afecta de manera directa a otro derecho fundamental, el que protege al investigado reconociéndole potestad para no autoincriminarse y que proclama el art. 24.2 CE. El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable contiene la prohibición, dirigida a los poderes públicos, de realizar cualquier tipo de inducción o compulsión para que aquel emita una declaración. Su fundamento reside en la intangibilidad del indagado como persona moral frente al poder punitivo del Estado, dignidad humana que impide que sea tomado exclusivamente como un medio, un principio característico del derecho penal liberal. En efecto, la adquisición de información por parte del agente en su interlocución con el investigado, propia de la estrategia de manipulación que despliega la investigación encubierta, despoja a la persona de su libertad de confesar ante el interrogatorio de policías, jueces y fiscales, que se condiciona al engaño y a la ocultación de la condición del receptor de la confidencia. El reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de confesión implica que nadie puede ser inducido a autoincriminarse por coacción, engaño o ardid.

Los hechos probados de la sentencia condenatoria objeto del recurso de amparo recogían esas «conversaciones» entre el investigado y el policía encubierto, informaciones todas ellas que obtenía en lo que debería de calificarse como interrogatorio mediante ardid «mantuvo conversaciones [...] en las que este le manifestaba [...], mantuvo diferentes reuniones [...] en las cuales este le transmitía».

6. La injerencia en el derecho fundamental a la intimidad mediante el despliegue de agentes encubiertos requiere de (i) cobertura en la ley, (ii) determinación de un fin legítimo, (iii) idoneidad para alcanzar dicho objetivo, (iv) necesidad de la medida por inexistencia de otra de igual eficacia y menor afectación a la intimidad, y (v) estricta proporcionalidad, es decir, que una vez determinado el grado de interferencia del derecho fundamental que supone la intervención policial y la importancia de la satisfacción del bien jurídico que se logra con ella, deben ponderarse estos valores para concluir si resulta proporcional, y por ello justificada, la restricción del derecho, porque fuere superior el beneficio que se obtendría para preservar el bien jurídico que el sacrificio que se irrogaría a aquel.

La investigación encubierta tiene cobertura en el art. 282 bis LECrim y, en el caso, perseguía un fin legítimo, la investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas en organización. Pero, la ausencia de garantía jurisdiccional durante un largo periodo —el fiscal autorizó la infiltración de varios agentes encubiertos el 22 de enero y el juez no intervino hasta el 11 de abril— y, con ello, de justificación de la racionalidad de la medida, convierte en ilegítima la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad.

7. El legislador, frente a lo que sostiene la sentencia, ha previsto dicha garantía jurisdiccional en el momento de la implantación de la medida investigadora en la idea de que afecta a derechos fundamentales del investigado. Dice el texto del art. 282 bis.1: «el juez de instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos».

La sentencia considera que la «norma no puede ser interpretada en su literalidad» y «que debe efectuarse una interpretación sistemática y finalista de la exigencia de comunicación inmediata al juez acorde tanto con las normas que regulan la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal como con el espíritu y finalidad del art. 282 bis LECrim». Esta manera de operar para otorgar sentido al texto de la ley lleva al Tribunal a concluir que la ley no establece garantía judicial en la autorización a la policía del uso de formas de encubrimiento. Se afirma en la sentencia que el fiscal solo deberá «dar cuenta» al juez cuando sus diligencias —no se olvide, secretas y sin control alguno, en un diálogo exclusivo del fiscal con los agentes policiales— «alcancen la finalidad pretendida» y «en

todo caso transcurrido el plazo de duración legalmente previsto», es decir seis meses, también prorrogables.

No resulta convincente la justificación de la sentencia para descartar la interpretación literal o declarativa de la disposición y acudir a una interpretación correctora, con base en supuestos argumentos sistemáticos y finalistas. El significado del texto, según convenciones lingüísticas aceptadas, emerge sin problema. Inmediato es lo que sucede enseguida, sin tardanza, y como adverbio obliga a actuar ahora, en el mismo momento, al punto o al instante. La sentencia obtiene un significado bien diferente mediante una interpretación correctora o creativa que identifica una norma (el fiscal dará cuenta al juez cuando cumpla su cometido la diligencia de investigación o al terminar el plazo legal) que no puede considerarse explícita en la disposición.

El presupuesto de esta interpretación es la capacidad del fiscal de incoar diligencias preprocesales, que quedaría improductiva de tener que dar cuenta inmediata al juez. Pero en el momento en que se introdujo la figura del agente encubierto carecía de esa potestad, que solo le fue conferida por la reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal por la Ley Orgánica 14/2003, de 26 de mayo. Luego, ni «el espíritu» ni «la finalidad» del art. 282 bis LECrim podían prever que el fiscal pudiera iniciar y desarrollar diligencias de investigación previas al proceso.

No obstante, hay razones para entender de manera cabal la norma que se desprende del art. 282 bis LECrim, respetando el tenor literal de la disposición, que no es otra que la garantía jurisdiccional como requisito para implantar la medida. En primer lugar, porque existiendo una sospecha de delito precisa contra determinada persona, en nuestro ordenamiento debe incoarse un proceso penal en el que pueda defenderse y participar (art. 24 CE, según el art. 118 LECrim desde que se atribuya un hecho punible, toda persona puede intervenir en las actuaciones ejerciendo el derecho de defensa). Solo puede demorarse la información al investigado y su acceso al proceso, con despliegue de los derechos fundamentales que le protegen, mediante la declaración del secreto de las diligencias, potestad que le corresponde al juez (art. 302 LECrim). Es decir, en el ordenamiento vigente el fiscal no puede autorizar por su sola potestad diligencias de investigación encubiertas cuando se atribuya un hecho punible a una persona, porque este tiene derecho a ser informado, intervenir y defenderse salvo que el juez declare el secreto de las actuaciones. En segundo lugar, porque la disposición señala al «juez de instrucción competente» como la autoridad que puede habilitar al policía a actuar de modo encubierto y ofrece, a continuación, la alternativa del fiscal, pero la somete a condición, «dando cuenta inmediata al juez». Desde la perspectiva semántica parece que el precepto no se formula con expresiones ambiguas, equívocas, confusas u oscuras. El significado del adverbio de tiempo inmediato no ofrece duda. En tercer lugar, sería poco razonable que el legislador hubiera previsto la garantía jurisdiccional de los derechos y, al tiempo y como alternativa, su ausencia. A elección de la policía quedaría entonces eludir o suprimir la garantía del derecho fundamental. Se dice en la sentencia, en relación con este punto, que el precepto no prevé un cauce para que el juez, en caso de recibir la comunicación del fiscal, controlara o revocara la autorización del agente encubierto. Lo que supone un mal entendimiento del papel del juez en el sistema constitucional: donde hay juez va de suyo que se instaura un procedimiento de control y garantía de los derechos del investigado, en desarrollo precisamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 CE). En cuarto lugar, en una lectura conjunta del precepto, carece de razonabilidad entender que la ley otorga un tratamiento distinto a dos supuestos idénticos o similares de encubrimiento policial. El fiscal puede tomar la decisión de habilitar al agente encubierto dejando al margen al juez, pero no puede hacerlo en el caso del agente encubierto informático que se regula en el apartado 6 del mismo art. 282 bis LECrim, introducido en la reforma de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que exige la autorización del juez.

Además, puede dejarse anotado que la afectación del derecho a la intimidad y la jurisdiccionalidad de la medida es una opinión común en la doctrina académica que se

ha ocupado del agente encubierto y en los tres trabajos preparatorios legislativos de la nueva ley de enjuiciamiento penal que se han sucedido (anteproyectos de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2011 y 2020, propuesta de Código procesal penal de 2013).

El tenor literal del precepto debe funcionar como límite a la potestad de jueces y tribunales de decir el Derecho. Máxime en el campo del derecho penal y procesal penal donde está prohibida la analogía extensiva, porque vulnera el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). La relevancia constitucional de la razonabilidad semántica que exige el mandato de taxatividad se encuentra en su función de límite máximo de una interpretación legítima, para evitar decisiones que supongan una ruptura de la sujeción a la ley del intérprete (STC 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). Se ha dicho con razón, que la realización del principio democrático y de la cláusula del Estado de derecho dependen de la existencia de límites semánticos en la aplicación de la ley.

8. La ausencia de garantía jurisdiccional en la habilitación de los agentes encubiertos determina la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Lo que se proyecta sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que prohíbe la utilización de medios de prueba que se hayan obtenido conculcando derechos fundamentales. El alcance de la regla de exclusión probatoria a las pruebas derivadas es una cuestión que debería dirimirse a continuación, una vez anulada la sentencia condenatoria, para que el tribunal competente considere si existe prueba incriminatoria válida y autónoma que sustente el relato de hechos de la condena.

Madrid, a doce de junio de dos mil veinticuatro.—Ramón Sáez Valcárcel.—Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 4949-2021

Con el máximo respeto a mis compañeros, me veo obligado a expresar mediante el presente voto concurrente mi disconformidad con el texto aprobado por la mayoría del Pleno. Mi discrepancia no se refiere al fallo desestimatorio, que comparto, sino a la argumentación en que dicho fallo se apoya.

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia aprobada afirma que la actuación mediante agente encubierto no implica, por concepto, una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad de las personas investigadas. No puedo compartir esta afirmación.

Considero, en primer lugar, que resulta extraordinariamente difícil hacer afirmaciones apriorísticas sobre la falta de afectación del derecho a la intimidad referidas a un medio de indagación, como es la utilización de un agente encubierto, en el que la técnica investigadora es, justamente, la utilización del engaño a efectos de obtener una información que, normalmente, la persona engañada no revelaría a terceros. Si la esencia del derecho fundamental a la intimidad es mantener ciertos ámbitos de la vida personal al margen del conocimiento ajeno, parece claro que a través de la actuación de un agente de policía bajo identidad ficticia se busca generar una relación de confianza que conduzca a la persona investigada a revelar determinados aspectos de su vida que, lícitos o no, ha excluido del conocimiento general. Al tiempo, es obvio que a través de ese engaño, el agente de la autoridad obtiene informaciones que, en el proceso penal, están sujetas a la garantía general de no autoincriminación.

La utilización de agentes encubiertos es, en realidad, una medida investigadora de una extraordinaria potencialidad intromisiva en la esfera de derechos fundamentales de la persona investigada. De ahí que la admisibilidad de este tipo de medida investigadora solo pueda ser constitucionalmente aceptada si se pone en relación con la imperiosa necesidad de actuar frente a actividades criminales de delincuencia organizada que requieren la utilización de medios extraordinarios de indagación. Si el art. 282 bis LECrim reserva esta diligencia a los supuestos de delincuencia organizada es, precisamente,

porque no estamos en modo alguno, ante un acto de investigación puramente neutro o trivial en nuestro sistema de derechos fundamentales.

Me remito, en todo caso, a lo que sobre esta diligencia señala la exposición de motivos del anteproyecto de la Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 (punto XLVII) cuando enfatiza la gradual afectación de derechos fundamentales que, por sí misma, la caracteriza. No estamos ante la mera adquisición de informaciones a través de confidentes, sino a la utilización del engaño como técnica de investigación por parte de la propia autoridad pública, lo que concierne, por sí mismo, aspectos esenciales de nuestro modelo constitucional de proceso penal, como la garantía de no autoincriminación o el acceso mediante engaño a la esfera íntima individual.

Sentado este presupuesto, es cierto que el Ministerio Fiscal puede acordar medidas de intromisión en derechos fundamentales que, a diferencia de lo que ocurre con el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio, no están sometidos, en el texto constitucional, a garantía judicial preventiva. Sin embargo, no puede ignorarse que, en el presente caso, el legislador procesal ha querido, expresamente, que exista una intervención judicial «inmediata» siempre que el Ministerio Fiscal autorice una actuación mediante agente encubierto (art. 282 bis.1 LECrim). Esta intervención judicial tiene la particularidad de que es distinta y previa a la que necesariamente ha de producirse, conforme al mismo precepto, en funciones de garantía preventiva de concretos derechos fundamentales (apartados 3 y 7 del art. 282 bis LECrim). Lo razonable, por ello, es preguntarse cuáles pueden ser las razones de esa decisión del legislador de introducir una dación de cuenta inmediata al juez. En mi opinión, esas razones no están debidamente identificadas en el texto de la sentencia aprobada.

Entiendo que la respuesta a este interrogante se encuentra en la singularidad de nuestro vigente sistema procesal penal. En este –con la sola excepción de lo especialmente previsto en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea– la Policía judicial y el Ministerio Fiscal solo pueden realizar investigaciones de tipo preliminar, esto es, exclusivamente orientadas a la verificación de la existencia de los indicios racionales de criminalidad. Una vez que se obtienen tales indicios, la ley procesal exige la incoación de un procedimiento formal de investigación en el que el juez de instrucción debe realizar, sin demora, el correspondiente juicio de atribución de los hechos punibles a una persona determinada (art. 118 LECrim), practicando con ella el acto de primera comparecencia (art. 775 LECrim), con consiguiente activación del pleno ejercicio del derecho de defensa.

En ese peculiar contexto normativo, tan distinto del que caracteriza a los países de nuestro entorno, los actuales arts. 5.2 EOMF y 773.2 y 775 LECrim (dejando de lado, por ser ajena a este asunto, la regulación del art. 123 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar) determinan inequívocamente que la investigación preliminar del Ministerio Fiscal ha de cesar una vez que se han reunido indicios racionales de criminalidad contra una persona determinada, pues ha de ser el juez de instrucción el que, a la vista de esos indicios, decida si procede practicar el acto de primera comparecencia (con el consiguiente traslado de cargos y activación plena del derecho de defensa) o si, por el contrario, resulta imprescindible acordar el secreto de las actuaciones para practicar una determinada diligencia investigadora.

Pues bien, resulta evidente que esos indicios racionales de criminalidad son imprescindibles para que pueda adoptarse una diligencia de la potencialidad intromisiva que caracteriza a la actuación policial mediante agente encubierto. Solo cuando existen indicios objetivos de una verdadera actividad criminal puede acordarse un acto de investigación de semejante potencialidad invasiva. De ahí que sea completamente lógico que la regulación del art. 282 bis.1 LECrim admita la autorización del fiscal, por razones de urgencia, pero exija la inmediata puesta en conocimiento del juez de instrucción, pues la autorización de la diligencia de agente encubierto implica un estado de la investigación criminal que sobrepasa la pura fase preliminar de las indagaciones contempladas en los

arts. 773.2 LECrim y 5.2 EOMF. Existen, en ese momento, indicios racionales de criminalidad que exigen la apertura de diligencias previas.

Desde esta comprensión del marco normativo en vigor, que resulta de la propia doctrina de este tribunal (STC 59/2023, de 23 de mayo) y del Tribunal Supremo (STS 980/2016, de 11 de enero, recurso núm. 1498-2016), considero que, en efecto, en el caso que nos ocupa, el fiscal no dio, como era su deber, cuenta inmediata al juez de instrucción de la autorización de actuación policial mediante agente encubierto, pues debió proceder a la inmediata denuncia de los hechos con petición paralela de declaración de secreto de las actuaciones. No obstante, considero que esta infracción puramente formal no puede suponer, por sí misma, una violación del derecho a la intimidad. El recurrente no ha puesto de manifiesto que, bajo la autorización del fiscal, se realizara una concreta intervención del agente encubierto que fuera lesiva de dicho derecho. Y no puede ignorarse que la decisión del fiscal de autorizar la diligencia investigadora cuestionada fue, después, convalidada por el juez de instrucción, por lo que puede entenderse que obedecía a una ponderación razonable de las necesidades de la investigación. De la mera infracción formal de la regla de dación de cuenta inmediata al juez de instrucción no puede inferirse, sin más, la vulneración del derecho a la intimidad.

Con todo, habría sido más correcto, en mi opinión, que la sentencia dictada por este tribunal hubiera reconocido la potencialidad invasiva de derechos fundamentales que tiene la diligencia de agente encubierto, que hubiera enfatizado su excepcionalidad y que hubiera analizado el fundamento normativo del deber del fiscal, en el régimen legal vigente, de dar cuenta inmediata al juez de instrucción.

Madrid, a siete de junio de dos mil veinticuatro.–Juan Carlos Campo Moreno.–
Firmado y rubricado.