



## Recurso de amparo 4949-2021

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 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 (LECrim) 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 Cenía 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 Viloría 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 Viloría, 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 Viloría 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 (art. 17.1 LECrim) e improcedencia del decomiso del dinero y efectos intervenidos, por no existir una motivación específica, como exigen los artículos 17.1 LECrim y 17.1 LECrim. 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 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 arts. 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 haberse 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 Viloría 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 Viloría —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 (LOTC).

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 LOTC) 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 desenmascararlo (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 Viloria, 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 estupefacientes 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.

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)].

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 vulnere 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).

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 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 Cenía. 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 Viloría 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 ayudarlo. El agente "Cenia" destacó el interés del recurrente por comprobar su capacidad para ayudarlo 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 Viloría 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 Viloría. 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 Viloría", 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 Viloría 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 veintidós 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 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 veintidós 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. 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).

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.

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.