

CONFIDENCIAS, CONFIDENTES Y AGENTES ENCUBIERTOS: COMENTARIOS A LA STS 312/2021 DE LA SALA II

© Adriano J. Alfonso Rodríguez. Doctor en Derecho Juez sustituto.

Cómo citar:

ALFONSO RODRÍGUEZ, A.J., "Confidencias, confidentes y agentes encubiertos: comentarios a la STS 312/2021 de la Sala II".

Publicado en la web jurídico policial www.ijespol.es

1. PRELIMINAR: ELEMENTOS FACTICOS

La sentencia objeto de comentario parte de lo siguientes elementos fácticos que, en síntesis, son los que a renglón seguido se exponen y nos permiten comprender la resolución que es objeto de comentario:

*El FBI norteamericano comunica a la UCO (Guardia Civil) la participación de ELISEO y JUANA en un entramado de blanqueo de capitales. Con esta comunicación, los agentes se ponen a trabajar y a verificar los extremos e implicaciones de los investigados, elaborando un informe económico que se entrega a la Fiscalía. Siguiendo con su tarea indagatoria **"se establecieron diversos dispositivos de vigilancia durante, aproximadamente, un año, a través de las que se supo que los investigados tenían alquilada una vivienda en el edificio DIRECCION000, de la localidad de Majadahonda, concretamente situado en la AVENIDA001, portal número NUM000 , vivienda que además tenía asignadas cuatro plazas de garaje situadas en la planta segunda, las números NUM001 , NUM002 , NUM003 y NUM004 . Y que disponían también, más habitualmente, de otros domicilios tales como el chalet número NUM005 de la CALLE000 , n° NUM006, en la localidad de Majadahonda y otro en la URBANIZACION000 , sito en el PASEO000 n° NUM007 , de la localidad de San Sebastián de los Reyes"**.*

Desarrollando tareas de vigilancia, y casualmente, los agentes observaron los días 29 y 30 de agosto de 2017 que tres personas ajenas a esta investigación (BERNARDO, CARMELO y un TERCER SUJETO NO IDENTIFICADO) utilizaban las plazas de garaje antes reseñadas y empleaban dos vehículos. Este hecho, permitió con carácter previo a la UCO utilizar a un perro para detectar la presencia de droga en uno de los vehículos utilizados (el segundo llegaría un día después) arrojando resultados positivos, lo que

permitió inferir a los agentes que era un automóvil empleado para el transporte de sustancias estupefacientes, llevando a cabo una intervención cuando apareció el segundo vehículo. Hay que señalar que esta intervención está desconectada, esto es importante, de la inicial investigación por blanqueo, pero que permitió la detención de BERNARDO, CARMELO y una tercera persona junto con JUANA quien estaba en esos momentos fuera, esperando en un taxi, y se les incautó las siguientes cantidades de sustancias estupefacientes (localizadas en una furgoneta OPEL VIVARO que conducía CARMELO), así:

“El total de paquetes intervenidos en la furgoneta Opel Vivaro fue de 216. Arrojaron un peso neto de 216. 777,6 gramos, de la que se tomó una muestra de 320,2 gramos, que se sometió a análisis químico, muestra que arrojó una pureza del 78,3%. La sustancia estaba destinada a la distribución a terceras personas y habría alcanzado, en la venta al por mayor, un valor de 8.680.339,20 euros”.

Dicho abreviadamente, CARMELO y BERNARDO, junto con un tercero, estaban en la plaza de garaje de los inicialmente investigados por blanqueo haciendo un intercambio de drogas entre vehículos, en las cantidades e importes antes indicados. Con posterioridad se practicaron en las viviendas de los investigados por blanqueo (JUANA y ELISEO) registros con aprehensión de dinero, teléfonos, tarjetas de teléfono, máquinas de contar dinero...etc. Igualmente a BERNARDO se le intervino un documento de identidad falso.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid condena a CARMELO y a BERNARDO como autores de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, sin embargo en el caso de BERNARDO la condena no lo fue como autor consumado sino en grado de tentativa e igualmente se le condena por un delito de falsedad documental. A JUANA se le absuelve (ELISEO no fue juzgado). El Tribunal Superior en grado de apelación mantiene la sentencia sin embargo a BERNARDO lo condena con la misma pena que CARMELO y como autor consumado de un delito contra la salud pública.

Ante el Tribunal Supremo, las defensas entienden que no se les facilitaron elementos impugnatorios de las investigaciones tales como el inicial informe económico de JUANA (absuelta) y ELISEO (ni se le juzgó), y singularmente las comunicaciones, que con respecto a ambas personas (no respecto de BERNARDO y CARMELO) fueron llevadas a cabo por el FBI, y cualquiera otras llevadas a cabo por parte de agencias policiales norteamericanas (ICE, DEA...) tanto a la UCO como a la Fiscalía Antidroga (que había abierto unas diligencias con relación a Juana y Eliseo), apuntando el TS **“Los recurrentes están convencidos del origen remoto de esta información germen. Contemplan que la investigación por blanqueo de capitales no justificaba el dispositivo policial de vigilancia que se estableció los días 29 y 30 de agosto de 2017 en el garaje de una de las viviendas de los primitivos sospechosos, menos con un perro perteneciente al Servicio Cinológico de la Guardia Civil y adiestrado en la detección de drogas y estupefacientes. Consideran por ello que es preciso conocer las circunstancias en las que se accedió a la información sobre la posible**

comisión de un delito de tráfico de drogas que llevó a los agentes a establecer el dispositivo” (FJ 1.5º).

Esto obliga a analizar el impacto de confidencias entre servicios y la intervención de confidentes y su correlación con los derechos fundamentales en juego, singularmente el derecho de defensa. Igualmente haré referencia a lo que es un agente encubierto que también resulta señalado en la sentencia.

2. ¿SE REVELAN INFORMACIONES POLICIALES EXTRANJERAS?

En el fondo, la primera discrepancia que se plantea es si la revelación de confidencias e informaciones entre servicios policiales afecta al derecho de defensa y al proceso debido (art. 24.2 CE). Pues bien, nuestro TS construye una doble premisa:

1º.-Hay que acreditar la relevancia que la parte puede apuntar respecto de la ilegitimidad de lo actuado policialmente y su impacto real, claro, contundente en el derecho de defensa y así:

“Es evidente que los mecanismos de investigación proscritos por un sistema de garantías no pueden ser aprovechados en el proceso penal con el insubstancial discurso de que se desplegaron antes de que el proceso penal se iniciara. En modo alguno resulta admisible que el procedimiento penal venga trufado de materiales incriminatorios que arranquen de intervenciones ilegales u otros mecanismos técnicos que resulten lesivos a los derechos fundamentales y que no estén debidamente autorizados. No pueden tolerarse pruebas obtenidas en registros domiciliarios ilícitos o en actos de tortura. No es asumible que determinadas actuaciones, como coacciones, sobornos o incluso ingenuos incentivos, puedan minar la credibilidad de la información que a su través se obtenga, pero que se oculte a la defensa la existencia del elemento que erosiona su credibilidad. La autoridad judicial no puede consentir una realidad procesal así, como tampoco puede asumirla sin prestarle una notable atención, pues de otro modo estaría legitimando la actuación misma y coadyuvando al quebrantamiento de la Justicia a partir de la evaporación de un derecho de defensa real y eficaz (...) Consecuentemente, hemos dicho reiteradamente que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos (STS 85/2011, de 7 de febrero, entre muchas otras). Nuestra jurisprudencia es también estable en indicar que a la hora de evaluar la oportunidad de una intervención telefónica, el juez ha de estar a los indicios aportados por los grupos policiales actuantes, sin que deba abrir una investigación judicial que supervise la investigación policial. Y de forma más detallada, decíamos en nuestra STS 202/2012, de 12 de marzo, con cita abundante de otras varias, que: “no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el

proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho". O en la sentencia 795/2014, de 20 de noviembre, en relación a la pretensión de la defensa de conocer las bases de datos de los archivos policiales, expresábamos que: **"el perjuicio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, una indefensión material, del derecho de defensa¹, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada; y en autos, el recurrente, en modo alguno justifica cómo afecta el desconocimiento de las bases de datos que deseaba examinar a su derecho de defensa"** (FJ 1.11).

2º.-No impacta en el derecho de defensa no desvelar las informaciones facilitadas por parte de los servicios policiales extranjeros, al no integrar su conocimiento un elemento esencial del derecho a un proceso debido o con todas las garantías ex. art. 24 CE²:

"No existe un derecho a que el encausado pueda desvelar el contenido y alcance de las colaboraciones policiales internacionales. En nuestra STS 884/2012, de 12 de noviembre, expresamente indicábamos que "cuando los servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos" (...)Ya hemos expresado

¹ La STC 87/2001, de 2 de abril señala lo siguiente: "...Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibra la posición del imputado". Se desprende por tanto la existencia de un concepto de indefensión formal y otro esencial que es el concepto que apunta la antedicha resolución que es la "indefensión material". Este concepto de indefensión material implica como ha señalado el STS 1108/2004, de 20 de septiembre, de la Sala III, fj 3º, debe dejar al sujeto "en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse".

² En torno al denominado "proceso debido", vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en "Derechos procesales fundamentales", GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; LOPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), Manuales de formación continua núm. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 463-546.

Y la STC 186/1990, 3 de diciembre "5. Entre las garantías que incluye el art. 24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al proceso, los principios de contradicción y de igualdad. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal -entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989-, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos, fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989)".

que desvelar la fuente de conocimiento de los datos que los servicios de información extranjeros proporcionan a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, de suerte que resultaron adecuadas las decisiones judiciales denegando la remisión de las comunicaciones remitidas por el FBI a la Guardia Civil” (FJ 1.11º y 1.13º) .

En suma, no se integra dentro del derecho de defensa ni se llega a una solución insatisfactoria el no facilitar informes, o intercambio de confidencias, entre servicios policiales y ello porque su uso fundamentalmente se articula para **iniciar investigaciones a través del clásico “chivatazo” o información**, que realmente no es lo sustancial para fundar una hipotética condena pues lo relevante **son las actuaciones posteriores** y en qué medida se ha cumplido, con un *standard* elevado, en cuanto al respeto a los derechos fundamentales de los sujetos implicados y si existe algún reproche respecto de la obtención de informaciones o el desarrollo de actuaciones que pudieran ser vulneradoras de aquellos.

Pudiera, igualmente, aducirse otras razones, de menor importancia-no explícitamente apuntadas por el TS- pero no irrelevantes, tales como la existencia de un marco de confianza entre organismos policiales donde fluyen y se intercambian informaciones variadas que sirven para iniciar investigaciones, alguna de ellas con ribetes sensibles (pensemos hechos donde se entremezclan criminalidad y terrorismo), y segundo, porque podría poner en riesgo actuaciones o intervenciones pendientes (imaginemos que hay infiltrados) de modo que se hace un conveniente sacrificio frente a una petición que no deja de ser en cierto modo impertinente al no existir visos-ahí está el matiz decisivo- **de conculcación real, material y sustancial de los derechos de defensa** en la medida que no hay una obtención viciada que impacte en la investigación que se está desarrollando, de modo que apunta el TS:

“Como refleja la STS 1004/2016, de 23 de enero, con cita de la STS 210/2014, de 14 de marzo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), ha plasmado que este derecho no tiene carácter absoluto, sino que se ha de demostrar, por una parte, una relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas y, por otro lado, que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones, pues sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003 de 30 de junio, 359/2006 de 18 de diciembre y 77/2007 de 16 de abril)” (FJ 1.10º).

Igualmente, y amparados por esa suerte de “manto protector”, está la identidad de los agentes partícipes en la investigación, o las técnicas empleadas, o los medios de

investigación utilizados ni que se desvelen hipotéticas investigaciones correlacionadas y que dan lugar a un procedimiento independiente, de tal modo que:

“Pero tampoco existe un derecho a conocer o desvelar los métodos y las técnicas de investigación policial desarrolladas en nuestros límites territoriales, como no lo hay tampoco a conocer la identidad de los agentes que hayan intervenido en la investigación, cuando no tiene una repercusión legal sobre el material probatorio en el que pueda fundarse una eventual acusación. Los investigados sometidos a proceso penal carecen de un derecho que les ampare a desvelar los puntos de apostamiento policial, o la identidad de los confidentes, o la información recabada mediante técnicas de criminalística que perderían su eficacia si se divulgaran masivamente. No existe un derecho a conocer los instrumentos y materiales concretos de los que se dispuso la policía para la investigación y que podrían quedar desprovistos de eficacia para intervenciones futuras. Tampoco hay un derecho a conocer las indagaciones de otros delitos que puedan atribuirse a los mismos sospechosos pero que estén todavía en proceso de confirmación policial, menos aún si consideramos que, en su caso, deberán ser objeto de un procedimiento de persecución penal independiente (art. 17.1 LECRIM). Como no resulta tampoco asumible que se conozcan aquellas investigaciones que ni siquiera afectan a los sometidos a proceso y que pueden arruinar otras actuaciones policiales de obligada persecución de la criminalidad” (FJ 1.11º).

El tema del anonimato del policía es irrelevante en el marco de la investigación en cuanto sirve para iniciarla- o desarrollarla-de ahí su escasa importancia ulterior para la parte perjudicada-indagada. Ahora bien, cuestión distinta se produce en el marco de un juicio cuando sus testimonios **sirven, o pueden servir, para fundar una declaración de condena**, debiendo de comparecer y ser preguntados, para mantener la debida contradicción³ y el derecho de defensa de la parte, sin perjuicio de la acreditación de su condición policial, y sin que se puedan escudar en el anonimato para no comparecer ante los Tribunales (acto de juicio) y pese a que lo dicho en sede policial pueda servir para fundar una hipotética condena, algo no admisible desde la óptica del proceso debido⁴.

³ Como apunta claramente la STC 157/1995, de 28 de noviembre “La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación de su autor, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 L.E.Crim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria, siquiera mediata. No cabe negársela para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado (SSTC 80/1986, 82/1988 y 137/1988)” (FJ 3º).

⁴ Vid., en relación con este asunto la paradigmática resolución STEDH **asunto VAN MECHELEN contra Holanda**, 18 de marzo de 1997, con vulneración del art. 6.1 en relación con el art. 6.3 CEDH o STEDH **el asunto LAUKKAMEN y MANNINEN contra Finlandia** de 3 de febrero de 2004 donde se declaró la no vulneración, donde se infiere que lo relevante es la oportunidad real de la defensa de poder contrastar las declaraciones policiales que no pueden ampararse en el anonimato para evitar que la contradicción se produzca.

Finalmente, y distinto, es que los elementos empleados para llevar a cabo la investigación implicaran una vulneración de un derecho fundamental (pensemos en una escucha no autorizada o en un allanamiento ilegal), pues bien, en este supuesto, en cuanto “técnica de investigación”, tiene relevancia y afecta, ex. art. 11.1 LOPJ, a toda la indagación llevada a cabo, de modo que su presencia sí deviene en relevante para los derechos fundamentales afectados y puede desembocar en una nulidad “en cadena” de lo actuado.

3. ¿QUÉ PASA CON LOS CONFIDENTES?

En relación a los confidentes⁵ señala el TS:

***“Repasábamos en aquella resolución los antecedentes normativos históricos existentes al respecto. Concretamente decíamos “Ya la Real Orden de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 7 de octubre de 1889 , 13 de noviembre de 1890 , 9 de abril de 1968 , 22 de marzo de 1986 ó 635/2008 de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines “ salvo determinadas circunstancias”; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicado por Orden de 30 de septiembre de 1981 con carácter provisional hasta que se dictare la norma legal de rango adecuado, adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo -principio número quince- que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos “ salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles”. Congruentemente, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula “ Principios básicos de actuación”, que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa, y en el “ Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un “ absoluto” respeto a la Constitución -que por mor del principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad-, donde asimismo les sigue eximiendo de revelar las fuentes de información “ salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de*”**

⁵ Como señala GIMENO SENDRA “El confidente policial es una persona perteneciente a círculos delictivos, que bien por propia iniciativa, bien por encargo de las autoridades penales, suministra información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el marco de las diligencias, guiado por el propósito de obtener beneficios económicos o procesales”. Vid. con DIAZ MARTINEZ, Manuel, *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2018, pág. 314.

otra manera” (artículo 5.1 y 5)”. Asimismo, recordábamos en aquella sentencia que la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Asuntos Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 -& 44-, o Windisch, de 27 de septiembre de 1990 -& 30-)” (FJ 1.6º).

En síntesis. La actividad policial se presume “decente” jurídicamente, salvo indicios fundados o pruebas en contra (***“Consecuentemente, hemos dicho reiteradamente que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos (STS 85/2011, de 7 de febrero, entre muchas otras”***), y ello comprende la posibilidad de no revelar sus fuentes, siendo la parte afectada-singularmente la defensa, lógico es- la que tiene que acreditar los visos de ilicitud sobre los que se ha construido la investigación y en qué medida tiene un impacto material en el derecho de defensa y en el proceso debido. En este sentido, en la resolución, se pone un ejemplo interesante-al poner de manifiesto su operatividad en el acto de juicio:-

“En el caso Rowe and Davis contra Reino Unido, de 16 de febrero de 2000, la acusación había ocultado qué testigos de cargo habían cobrado la recompensa que públicamente se había ofrecido pagar a los que aportaran una información que permitiera la detención de los responsables de los hechos que se investigaban. La ocultación había impedido que el Juez de primera instancia pudiera pronunciarse sobre la conveniencia o la necesidad de esa información para contrastar la credibilidad de los testimonios de cargo frente a los testigos de descargo que sostenían que, al momento del delito, los acusados estaban en un lugar diferente al de los hechos. Sobre la base de esa exclusión de información, se proclamó que los acusados habían visto quebrado su derecho a un proceso equitativo por haberse impedido valorar la solidez de los elementos de su condena (& 66)” (FJ 1.7º).

En todo caso, no está demás, explicar un poco la cuestión referida a los denominados “testigos anónimos”⁶ a la luz de la jurisprudencia del TEDH, que nuestro

⁶ La jurisprudencia del TS se ha manifestado acerca de la cuestión a propósito de la iniciación de actuaciones policiales mediante la existencia de **denuncia anónima**, así en su fundamento jurídico segundo, la STS 215/2003, de 21 de enero, de la Sala II (Ponente: Soriano Soriano) señaló “ (...) A la policía le pueden llegar noticias anónimas o comunicaciones telefónicas de personas desconocidas, que por lo razonables, estiman dignas de comprobación... La actuación policial se acomoda plenamente al cumplimiento de las funciones que la policía judicial tiene atribuidas (art. 282 L.E.Cr. y Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986)”. Ya antes de esta resolución, tanto respecto de la actuación judicial como policial, motivada por una denuncia anónima la STS 1335/2001, de 19 de julio, Sala II (Ponente: Ramos Gancedo), haciendo un breve acopio de otras resoluciones señala “Así ha venido interpretándolo la doctrina jurisprudencial de esta Sala avalando la legalidad de los procedimientos penales que tienen su origen en una denuncia anónima formulada ante las autoridades policiales o judiciales mencionadas en el art. 264 L.E.Cr. Así, y de entre numerosos precedentes, podemos citar a mero título de ejemplo, la STS de 7 de diciembre de 2000 que, de manera sintética, pero sumamente clara, ratifica el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida al afirmar que “una denuncia anónima, sin perjuicio de que pueda servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado, no puede tener, por su propia naturaleza, efectividad alguna como prueba de cargo”. Del mismo modo la sentencia de esta sala de 24 de febrero de 2000 respalda la legalidad del proceso penal

TS señala. En la STEDH **asunto KOSTOVSKI de 20 de noviembre de 1989** se ponía de manifiesto que el uso de testigos anónimos entrañaba problemas relevantes. Se vulneraba el proceso debido ex. art. 6 CEDH al haber sido interrogados en el acto de juicio-esto es importante- los Jueces y Policías que, a su vez, los habían interrogado (testimonios indirectos), de tal manera que no fueron traídos a juicio (los confidentes), y sin que durante la fase de investigación en la que dichos sujetos fueron, a su vez, preguntados participara el letrado de la defensa. Esto vulnera el derecho al proceso debido como es fácilmente perceptible.

En relación a la SETDH **asunto WINDISCH 27 de septiembre de 1990** se puede sistematizar las reglas en los siguientes pronunciamientos:

1. Utilizar confidentes en la fase de investigación no es incompatible con un proceso justo.
2. En todo caso su uso debe ser respetuoso con las garantías del proceso penal, singularmente la contradicción.
3. El Tribunal sentenciador debe conocer la identidad del sujeto anónimo.
4. El anonimato debe estar amparados por motivos protectores legítimos (vida, integridad, libertad y seguridad), de modo que su ausencia resulta incompatible con un juicio justo.
5. Ponderar los intereses del acusado y en qué medida el anonimato afecta a su derecho de defensa, máxime cuando es la única prueba de cargo existente⁷.

Por tanto, quedan claros los límites en el uso de confidentes-y testigos anónimos-, su uso está permitido⁸ pero hay que verificar como se introduce en el proceso posterior, singularmente en el acto de juicio-no si únicamente sirven para iniciar investigaciones-y en qué medida puede afectar al derecho de defensa. Anonimato, no implica oscurantismo, hasta el punto de fundar una condena en las declaraciones de un sujeto cuya identidad es desconocida por el Tribunal, y con el que no se permite la contradicción en el acto de juicio. Sin embargo, esto se refiere a los hechos en lo que lo manifestado podría ser, o es, material de cargo en el acto de juicio que es algo

incoado por el Juez de Instrucción a partir de un atestado policial iniciado por una denuncia anónima, argumentando dicha resolución que “el anonimato de una denuncia verosímil-sea verbal o escrita-no exime su comprobación por el funcionario policial (nosotros añadimos, o judicial a tenor del citado art. 269 L.E.Cr.) que la reciba”. Y también se ha pronunciado esta Sala en relación a las denuncias anónimas recibidas directamente por la autoridad judicial al inicio del procedimiento judicial. “Ad exemplum”, valga citar la STS de 11 de octubre de 1994 que sostiene la intrascendencia “...de haber llegado la “notitia criminis” al instructor-obligado a actuar incluso de oficio-a través de una denuncia anónima...”, pues “...nada de lo citado constituyen nulidades o faltas procesales capaces de anular el proceso o viciar la prueba” (FJ 3º).

⁷ Sobre estas resoluciones y otros pronunciamientos del TEDH, *vid.* MORENO CATENA, Víctor, con CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2017, pág. 255; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel con otros autores, *¿Puede tener efectos probatorios lo manifestado por el testigo anónimo? ¿Qué condiciones deberían concurrir?-Reglas Kostovski-* en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, HERNANDEZ GARCIA, Javier (Dir.), *Manuales de Formación Continua* núm. 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 228-232; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Límites en la investigación de los delitos conforme la doctrina TEDH* en “Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, Estudios de Derecho Judicial núm. 155, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 135-136.

⁸ Señala GIMENO SENDRA, indicando la referencia jurisprudencial, que “No supone contravención de la Ley el hecho que la identidad de los confidentes permanezca oculta a la hora de redactar el atestado pues el principio de publicidad no alcanza al conocimiento de la identidad de los confidentes policiales (STS 20 de noviembre de 2014). En particular, no infringe derecho fundamental alguno la negativa policial a revelar los datos del expediente relativos a los confidentes (STS 975/2016, de 23 de diciembre)”. *Vid.* con DIAZ MARTINEZ, Manuel, *Derecho Procesal Penal...op.cit.*, pág. 315.

sensiblemente diferente a la fase de investigación en la que se da un simple “chivatazo” que sirve para iniciar una indagación.

Es preciso indicar, y esto es importante, por eso se advierte, que si el confidente ha podido facilitar una información, con vulneración de derechos fundamentales ya sea directa (imaginemos que el confidente ha sido amenazado o agredido para su obtención), y en mi opinión, indirecta (imaginemos que el confidente es quien amenaza o agrede a un tercero para su obtención) entraría en juego el art. 11.1 LOPJ y lo obtenido sería nulo, no puede ser tenido en cuenta⁹, con lo que se vacían de contenido las investigaciones policiales llevadas a cabo a través de lo obtenido a consecuencia de esos datos suministrados por el confidente.

Por otro lado, y ya en sede de plenario, realmente es o podría ser un “falso problema” el que se suscita en relación a las testificales y la hipotética ocultación de la identidad, por cuanto si los agentes deponen en acto de juicio resulta que tendrán que dar razón de las señas de la persona que se las comunicó (art. 710 LECRIM)¹⁰ con lo que la cuestión del ocultamiento de la identidad pondría en riesgo el eventual efecto probatorio que tendría la testifical del agente, rechazando su testimonio, incluso como testigos de referencia¹¹. Por tanto, una cuestión es su uso en el marco de la investigación policial (con relevancia si hay visos de ilicitud) y otra muy distinta, es su introducción como prueba de cargo que sirva para enervar la presunción de inocencia ahí está el matiz de la cuestión.

4. ¿QUÉ ES UN AGENTE ENCUBIERTO?

En la sentencia se habla de los “agentes encubiertos” y así :

“Los recurrentes aducen que, en la investigación originaria llevada a término por la Audiencia Nacional, se había autorizado la intervención de agentes encubiertos. Pero si esta circunstancia fuera como los recurrentes describen, el eventual relato del agente encubierto no sería un instrumento de prueba de la actuación delictiva que aquí se enjuicia, sino el método para obtener legítimamente la información y desencadenar la investigación que permitiera recabar las pruebas que han conducido a su condena. En tal coyuntura, asumiendo los acusados que la actuación del agente encubierto pasó por la autorización fiscal y judicial legalmente exigida, pues el recurso acepta que se incoaron diligencias de investigación de la fiscalía y que se dio cuenta al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, la reserva estaría avalada por la regulación establecida en el

⁹ Cfr. MORENO CATENA, con CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal...*op.cit., pág. 255.

¹⁰ Señala el precepto “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, *a la persona que se la hubiere comunicado*”. La cursiva es mía.

¹¹ Vid. MORENO CATENA, con CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal...*op.cit., pág. 256.

art. 282 bis de la ley procesal, que contempla la posibilidad de ocultar la identidad del agente y que sólo obliga a que se facilite a la Autoridad Judicial la información obtenida por el agente encubierto cuando constituya un elemento probatorio respecto de los hechos objeto de investigación, no cuando se trate de sospechas policiales que vayan a ser objeto de indagación y deban ser tributarias de elementos probatorios distintos y específicos (FJ 1.13º).

El agente encubierto, figura recogida en el art. 282 bis de la LECRIM¹², es una medida de investigación consistente en “la entrada de uno o varios agentes de la Fuerzas de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma con el objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran”¹³. El objetivo de la designación de un agente encubierto es obtener información o ayudar a identificar y detener a los miembros de la organización delictiva¹⁴.

¹²Artículo redactado de acuerdo con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, con modificaciones por parte de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Señala el precepto en su párrafo primero que “A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos 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”.

¹³Vid. GIMENO SENDRA, Vicente con MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999, pág. 406. Una visión extensa del fenómeno de la infiltración policial se observa en la obra de ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocio, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Vid. también, la figura del agente encubierto en contraposición con el confidente y del agente provocador, MONTON GARCIA, María Lidón, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, Diario La Ley nº 4826 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 1999, págs. 1-6. A propósito de esta cuestión es preciso destacar la resolución del TEDH de 9 de junio de 1998 (Teixeira de Castro contra Portugal) donde se aboga por el uso de restringido de los agentes encubiertos incluso en los supuestos de tráfico de drogas, estimando la vulneración del art. 6.1 del CEDH cuando se incita por parte de las autoridades a la comisión de un hecho delictivo. Vid. comentarios de la resolución en LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Límites en la investigación de los delitos ...op.cit.*, págs. 127-128.

Doctrinalmente, puede observarse la criminalidad organizada como elemento definitorio en la intervención del agente encubierto en DELGADO MARTIN, Joaquín, *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Actualidad Penal nº1 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 2000, pág. 1 y ss. y en *La criminalidad organizada*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 21-40.

Destaca LOPEZ MUÑOZ la definición llevada a cabo en el ámbito de la UE acerca de los ítems que tienen que darse para apreciar la existencia de “organización criminal”, así: 1. - Colaboración de más de dos personas. 2. - Cada una de las cuales con funciones específicas asignadas. 3. - Por un período prolongado o indefinido. 4. - Recurso a algún tipo de disciplina o de control. 5. - Sospechosas de la comisión de delitos graves. 6. - Actuando a nivel internacional. 7. - Usando violencia u otras formas de intimidación. 8. - Que recurran a estructuras comerciales o de negocios. 9. - Implicadas en el blanqueo de dinero. 10. - Que ejerzan influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, poder judicial o económico. 11. - Motivadas por la búsqueda de beneficios o de poder. Vid. *La prueba pericial de inteligencia policial en la investigación del Ministerio Fiscal. Experiencia práctica ante la criminalidad organizada del Este*, Estudios Jurídicos nº 2012 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado), págs. 12-13.

Como señala el **ALECRIM 2021**, señala el art. 500.1 “Podrá autorizarse la actuación como agente encubierto de quienes sean funcionarios de la Policía Judicial para que, ocultando dicha condición, se infiltren en un grupo u organización criminal”. La cursiva es mía. El **ALECRIM de 2011** establecía la autorización judicial a petición del Ministerio Público (arts. 408-409), posición que seguía el **BLECRIM de 2013** (arts. 406-411).

¹⁴Vid. DE PRADA SOLAESA, Ricardo, *Las técnicas de cooperación judicial reguladas en el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia*

La autorización del agente encubierto es competencia del Juez de Instrucción o del Fiscal¹⁵ dando cuenta al Juez quien tiene la potestad de confirmarla, modificarla, o incluso revocarla¹⁶. En caso que el Fiscal autorice la decisión¹⁷, como parece inferirse de la sentencia, habrá que dar cuenta a la autoridad judicial, en un plazo que no se refleja. Simplemente tiene que realizarse de manera inmediata, y en tanto por el Juez no se tome alguna decisión lo cierto es que la medida carecerá de efectividad, con lo que la inmediatez se revela como urgente, de cara a desarrollar con rigor la investigación¹⁸. Por tanto, asumiendo que la dación de cuenta tiene que darse al

penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, pág. 592.

¹⁵ No obstante, algunos autores han defendido que sea únicamente el Fiscal el que autorice, ante una eventual atribución de la dirección de la investigación preliminar, la condición de agente encubierto. *Vid.* BENITO LOPEZ, Alejandro; SAEZ VALCARCEL, Ramón con otros autores, *La investigación penal en "Hacia un nuevo proceso penal"*, CARMONA RUANO, Miguel (Dir.), Manuales de Formación Continuada núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 239. CONTRERAS CERREZO implícitamente mantiene que la designación de agente encubierto por el Fiscal, si bien dentro del marco de cooperación internacional (vid. operación "hielo verde" desarrollada por la Agencia Antidroga Americana (DEA) en España con agentes encubiertos autorizados por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y que dio lugar a la SAN de 25 de mayo de 2000 que no cuestionó las diligencias preprocesales), no determina la asunción de las investigaciones por el Juez a menos que se requiera de una medida limitativa de derechos fundamentales (en el supuesto unas escuchas telefónicas). *Vid. Cooperación jurídica internacional y blanqueo de capitales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, págs. 810-812. CONDE-PUMPIDO FERREIRO considera que le correspondía la decisión de autorizar al Fiscal salvo incoación de diligencias de instrucción por el Juez, con lo que implícitamente parece descartar la revocación judicial si no es con apertura de diligencias. *Vid.* con otros autores, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del procedimiento penal (jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita)*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1203. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS considera que dentro de la autorización se dan dos momentos, uno en el que se produce la autorización por parte del Ministerio Público y donde no hay intervención judicial en tanto no se produce vulneración de los derechos fundamentales, por tanto, entendemos que asume un ámbito de autonomía por el Fiscal en la dirección de la investigación, y una segunda, al existir restricciones en aquellos que es cuando actúa el Juez y en consecuencia asume el control de la investigación. *Vid. El policía...op.cit.*, pág. 336.

¹⁶ Si observamos el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, sesión n.º 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998, pág. 14631, donde se discutió acerca de esta cuestión, las palabras pronunciadas en la Comisión por el Diputado de CiU SILVA SANCHEZ no dejan lugar a dudas acerca de la posibilidad de revocación judicial indicando que "Sin embargo, procedimos a enmendar el artículo 282 en la medida en que entendíamos que atribuía al ministerio fiscal unas funciones de instrucción y de investigación que no se ajustaban estrictamente al modelo actualmente vigente (...) Al final la solución ha sido una transacción, que consiste en que el Ministerio Fiscal puede autorizar la presencia o la identidad del agente encubierto pero debe dar inmediata cuenta al órgano jurisdiccional correspondiente que obviamente podrá modificar, revocar (la cursiva es mía)...la citada autorización...". También la postura expresada por el Grupo Socialista, y en concreto por el Diputado GAGO LOPEZ y que se refleja en el Diario de Sesiones del Congreso de la VI Legislatura, Sesión plenaria n.º 175 de 24 de septiembre de 1998, pág. 9738, incide en lo anterior y señala que "En cuanto al debate suscitado con el nuevo artículo 282 bis, que regula la figura del agente encubierto sobre la facultad de autorización, se resuelve atribuyendo también además de al Juez de instrucción competente al ministerio fiscal, si bien dando cuenta inmediata al Juez, lo que posibilita la opción de revocación (la cursiva es mía)".

Doctrinalmente diversos autores se inclinan por la posibilidad de revocación por parte del Juez. *Vid.*, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El agente encubierto*, Diario La Ley núm. 4778 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 1999, pág. 4; GASCON INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 202; RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ricardo, *Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la "entrega vigilada" y el "agente encubierto"*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 380 (<http://www.westlaw.es>), 1999, pág. 7; SUITA PEREZ, Nora, *La diligencia de investigación por agente encubierto en "La actuación de la Policía Judicial en el proceso penal"*, MARTIN GARCIA, Pedro (Dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pág. 254.

¹⁷ La adopción de la medida por el Fiscal requerirá un decreto que otorgue la condición de agente encubierto y tiene que tener un contenido determinado. Así, deberán de detallarse los indicios, estableciendo la relación con los supuestos de criminalidad organizada, establecer la proporcionalidad de la medida, los delitos objeto de investigación, las personas presuntamente partícipes, su configuración orgánica, ámbito de actuación y distribución geográfica, duración de la medida y actividades a las que está autorizado el agente encubierto, haciéndose referencia a la identidad real y supuesta que se le atribuye al agente. En caso de que el Fiscal deniegue la autorización deberá de analizar la razón de tal decisión con comunicación a los solicitantes.

¹⁸ En este sentido, señala la Circular de la FGE 4/2010, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial, que "A tales efectos, aun cuando la Ley no lo especifica, habrá que entenderse que tal dación de cuenta con remisión de las Diligencias de investigación hasta el momento tramitadas, habrá de darse al Juzgado de Instrucción, o Central de

Juzgado de Guardia, aquella puede cumplirse de manera casi instantánea¹⁹, de ahí que no tenga sentido el establecer plazos, por cuanto si falta la convalidación judicial la medida no es operativa, y por tanto no puede ponerse en práctica. En suma, si bien no cabe duda que la autorización para ostentar la condición de agente encubierto es una diligencia de investigación atribuible al Fiscal, y por tanto accesoria en el ejercicio de sus funciones, lo cierto es que la dación de cuenta al Juez de esta autorización podría determinar paradójicamente la finalización de su papel director en el desarrollo de las investigaciones preliminares (art. 773.2 LECRIM).

No se entiende, en todo caso, muy bien la eficacia de la atribución de una facultad que implica a su vez la subordinación a la autoridad judicial, a la par que su adopción podría desencadenar el fin de las funciones del Fiscal²⁰ por lo que su uso, al menos, podría tener una relativa utilidad para el Juez de cara a adoptar líneas de investigación o determinación de los responsables.

La investigación- como se señaló al inicio de esta colaboración- se llevaba a cabo por blanqueo, existiendo según parece unas diligencias de investigación de Fiscalía en las que según parece se acordó la intervención de un agente encubierto, que es y en eso resulta interesante la tajante afirmación de la sentencia al señalar que se trata de un “medio de la investigación” no “prueba derivada de la investigación”. Sin embargo, lo que existe es un hallazgo, casual, fruto de una vigilancia por parte de la UCO en relación a los hechos objeto de investigación inicial (blanqueo), pero que acabaron desembocando en la interceptación y requisa de una cantidad no desdeñable de estupefacientes, sin usar agente encubierto alguno ni ningún otro elemento o ardid investigador.

Por tanto, lo que señala la resolución:

“En todo caso, como indica la sentencia que del Tribunal Superior de Justicia, la denegación probatoria vino plenamente justificada en los términos que se han expresado. Ni el procedimiento que se inició contra los recurrentes descansó en elementos probatorios que tuvieran su origen en la investigación preliminar

Instrucción, de Guardia competente, con el fin de cumplir esa legalmente exigida inmediatez...”. No obstante, en un cambio de criterio, la Circular 4/2013, sobre diligencias de investigación, estima que la dación de cuenta no implica la necesidad de acordar la inmediata judicialización del Expediente, y que no procede remisión de lo actuado hasta que existan diligencias judiciales abiertas o concurren causas de archivo. Sin embargo, la Circular nada dice si el Fiscal puede o no, continuar en su cometido investigador por cuanto sobre lo único que se pronuncia es sobre la no inmediata judicialización del Expediente una vez se haya producido la dación de cuenta.

¹⁹En contra GASCON INCHAUSTI que habla, a los efectos de remitir a la autoridad judicial lo acordado, del plazo de 72 horas por analogía con el art. 579.4 de la LECRIM sobre la observación de correspondencia por el Ministerio del Interior que establece que “En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”. Vid. *Infiltración policial...op.cit.*, págs. 203-204.

²⁰Vid. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág.138.

(todas las pruebas de cargo resultaron de la actuación policial en la que se intervino la droga), ni las defensas presentaron ningún indicio de que la investigación policial inicial, o su resultado, descansaran en una información ilícita o irregularmente obtenida. Los recurrentes aducen que, en la investigación originaria llevada a término por la Audiencia Nacional, se había autorizado la intervención de agentes encubiertos. Pero si esta circunstancia fuera como los recurrentes describen, el eventual relato del agente encubierto no sería un instrumento de prueba de la actuación delictiva que aquí se enjuicia, sino el método para obtener legítimamente la información y desencadenar la investigación que permitiera recabar las pruebas que han conducido a su condena. En tal coyuntura, asumiendo los acusados que la actuación del agente encubierto pasó por la autorización fiscal y judicial legalmente exigida, pues el recurso acepta que se incoaron diligencias de investigación de la fiscalía y que se dio cuenta al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, la reserva estaría avalada por la regulación establecida en el art. 282 bis de la ley procesal, que contempla la posibilidad de ocultar la identidad del agente y que sólo obliga a que se facilite a la Autoridad Judicial la información obtenida por el agente encubierto cuando constituya un elemento probatorio respecto de los hechos objeto de investigación, no cuando se trate de sospechas policiales que vayan a ser objeto de indagación y deban ser tributarias de elementos probatorios distintos y específicos” (FJ 1.13).

En suma, las actuaciones previas resultan irrelevantes por cuanto han operado desconectadas del hallazgo casual que la UCO llevó a cabo fruto de sus tareas de vigilancia. Por otro lado, el agente encubierto es un elemento de investigación, no una prueba de la investigación, esto es relevante, por cuanto sus funciones es suministrar esos indicios que motiven, a su vez, una investigación ulterior, que en todo caso tampoco puede tener tacha alguna en la obtención de informaciones como antes se apuntó. De convertirse, en todo caso, y esto es pertinente señalarlo, en medio de prueba debe de verse sometido a las mismas condiciones que los confidentes, testigos o agentes de policía “anónimos”, sin que su condición “encubierta” pudiera servir para fundar, sin someterla, a contradicción una condena²¹

²¹ Vid. STEDH **asunto Ludi contra Suiza de 15 de junio de 1992**, que implicó condenar a Suiza por la falta de comparecencia del agente para someterse a las preguntas de las partes y ratificar su informe, igualmente **asunto Teixeira de Castro contra Portugal de 9 de junio de 1998**. En todo caso, puede verse un interesante análisis en REVENGA SANCHEZ, Miguel, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 85-86.

5. SINTESIS

PRIMERO.- Las defensas no tienen acceso a los informes o comunicaciones entre servicios policiales. Algo que tiene todo el sentido cuando no es un elemento probatorio, sino un medio para el inicio de investigaciones policiales. Podríamos hablar de diligencias con “vida propia”. La información, una vez suministrada, sirve para desencadenar una tarea policial distinta que es la investigación y cumplido este fin, salvo que se pueda acreditar su ilicitud, se desintegra, cediéndole el testigo a la investigación en curso.

SEGUNDO.- Existe presunción de “probidad policial”, es decir, la legitimidad de los elementos que aportan los organismos investigadores al Juez, debiendo la parte que los discute acreditar la existencia de vicio (vulneración de un derecho fundamental) en su obtención a partir de la que se pueda impugnar la totalidad del procedimiento.

TERCERO.- Que se mantiene la licitud del mantenimiento del anonimato de agentes policiales y confidentes siempre en el estricto marco de la investigación. Ahora bien, su acceso al proceso debe hacerse con todas las garantías posibles, con contradicción, para que pueda enervar la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria. No cabe mantener en la penumbra a esos sujetos si dejan de convertirse en elementos de investigación y quieren emplearse como elementos de convicción del Tribunal por cuanto hay que someterlos a las cuestiones de la defensa. Y esto es una cuestión relevante de matiz procesal y que debe quedar absolutamente clara. Ni testimonios indirectos, ni el mantenimiento injustificado del anonimato de la fuente, porque, además, no puede fundarse una sentencia condenatoria teniendo como exclusiva prueba de cargo una declaración de un confidente con lo que mayor carga absolutoria traería su falta de presencia.

CUARTO.- Si se quiere mantener el anonimato de un confidente puede aplicarse la Ley de Protección de Testigos y Peritos 19/1994, de 23 de diciembre, lo que se apunta como elemento de salvaguarda, y para permitir su actuación en sede de plenario y que pueda surtir los efectos procesales oportunos. Hay que tener en cuenta que los agentes policiales por aplicación del art. 710 LECRIM deberán dar razón de las noticias recibidas con la identificación de la persona que se las haya facilitado.

QUINTO.- El agente encubierto, medida acordada por el Juez o el Fiscal con posterior comunicación judicial, opera igualmente como medio de investigación en cuando facilita información que sirve para el desarrollo de las indagaciones, lo que no impide que pueda ser medio de prueba en caso que tenga que prestar testimonio.

SEXTO.- No cabe, pese a que no me he detenido en la cuestión y también se debate en la resolución comentada, o al menos de muy excepcional apreciación, un delito intentado en materia de tráfico de drogas pues como apunta la propia resolución, bastando, y siendo todos autores, un concierto donde asumen funciones esenciales en el tráfico de drogas (FJ 2.4). Sólo cuando se trata de aportaciones “**complementarias, subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal...**” (FJ 2.4) permite apreciar la complicitad en cuanto grado de participación.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en “Derechos procesales fundamentales”, GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; LOPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), Manuales de formación continua núm. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

BENITO LOPEZ, Alejandro; SAEZ VALCARCEL, Ramón con otros autores, *La investigación penal* en “Hacia un nuevo proceso penal”, CARMONA RUANO, Miguel (Dir.), Manuales de Formación Continuada núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

CONTRERAS CEREZO, Pablo Vicente, *Cooperación jurídica internacional y blanqueo de capitales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del procedimiento penal (jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita)*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

DELGADO MARTIN, Joaquín, *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Actualidad Penal nº1 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 2000.

DE PRADA SOLAESA, Ricardo, *Las técnicas de cooperación judicial reguladas en el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

GASCON INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Editorial Comares, Granada, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente con MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente; DIAZ MARTINEZ, Manuel, *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2018.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

LOPEZ MUÑOZ, Julián, *La prueba pericial de inteligencia policial en la investigación del Ministerio Fiscal. Experiencia práctica ante la criminalidad organizada del Este*, Estudios Jurídicos nº 2012 (CD-ROOM de conferencias impartidas en el Centro de Estudios Jurídicos para Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado).

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El agente encubierto*, Diario La Ley nº 4778 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 1999.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Limites en la investigación de los delitos conforme la doctrina TEDH* en “Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, Estudios de Derecho Judicial núm. 155, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel con otros autores, *¿Puede tener efectos probatorios lo manifestado por el testigo anónimo? ¿Qué condiciones deberían concurrir?-Reglas Kostovski-* en “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, HERNANDEZ GARCIA, Javier (Dir.), Manuales de Formación Continua núm. 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

MONTON GARCIA, María Lidón, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, Diario La Ley nº 4826 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 1999.

MORENO CATENA, Víctor, con CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2017.

REVENGA SANCHEZ, Miguel, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ricardo, *Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la “entrega vigilada” y el “agente encubierto”*, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 380 (<http://www.westlaw.es>), 1999.

SUITA PEREZ, Nora, *La diligencia de investigación por agente encubierto* en “La actuación de la Policía Judicial en el proceso penal”, MARTIN GARCIA, Pedro (Dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.