



TÍTULO

LA DELIMITACIÓN ENTRE PROVOCACIÓN POLICIAL Y DELITO PROVOCADO

AUTOR

Juan Revello de Toro Cabello

Director
Curso
ISBN

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2013

Octavio García Pérez

Experto Universitario en Derecho Penal: Aspectos materiales y procesales

978-84-7993-872-7

©

Juan Revello de Toro Cabello

©

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

LA DELIMITACIÓN ENTRE PROVOCACIÓN POLICIAL Y DELITO PROVOCADO

Por Juan Revello de Toro Cabello

Abogado

*Para despertar un sentimiento en los demás, casi siempre
basta con estar convencido de lograrlo*

(Jardiel Poncela)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE DELITO PROVOCADO Y SU RELACIÓN CON LA PROVOCACIÓN POLICIAL. III. EL TRATAMIENTO DEL DELITO PROVOCADO Y LA PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. IV. LOS LÍMITES A LA ACTUACIÓN/PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS. LA PRUEBA PROVOCADA. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

La figura del delito provocado, de construcción principalmente jurisprudencial, ha recibido en las últimas décadas gran atención por parte no solo de la doctrina, sino también de otros operadores jurídicos – léase, los abogados -, debido básicamente al uso - y abuso -, que las fuerzas policiales vienen haciendo del “agente provocador” con la finalidad de cosechar el éxito frente al delito, sobre todo los provenientes de las actividades desarrolladas por organizaciones criminales y bandas organizadas. Como dice el profesor RUIZ ANTÓN, “la presencia del agente provocador puede explicarse sencillamente: desde que encontró su mejor acomodo en los medios policiales como forma segura y eficaz de conseguir la reacción en el sentido deseado, su protagonismo no ha dejado de aumentar”⁽¹⁾.

Aunque el delito provocado puede aparecer en diferentes tipologías delictivas, lo habitual es encontrarlo en los delitos contra la salud pública. Ello no significa que los Tribunales no se hayan ocupado de supuestos donde se ha apreciado el delito provocado en conductas de distinta naturaleza⁽²⁾, pero la realidad de la casuística forense nos muestra que la invocación de tal figura ante los órganos de enjuiciamiento, y las sentencias que vienen a resolver las cuestiones jurídicas suscitadas en relación a la

¹ RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE. “La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del estado de Derecho”, en Dialnet.unirioja.es, artículo 119310.

² Así, por ejemplo, la STS de 22 de junio de 1950, 27 de junio de 1967, 19 de noviembre de 1972 y 12 de junio de 2002, entre otras

provocación, se circunscriben, básicamente, a los comportamientos contemplados en los artículos 368 y siguientes del Código Penal, o a la misma clase de delitos de las legislaciones anteriores.

El notable incremento de la delincuencia organizada, su asentamiento en nuestro país, el volumen de dinero que dichas estructuras mueven – siendo objeto posterior de seguro blanqueo – y la alarma social que los nocivos efectos de las drogas ha despertado en la población, casi desde los albores de nuestro régimen democrático – época en la que empiezan a detectarse habituales casos de tráfico de drogas -, han determinado que la policía acuda a técnicas de investigación que traten de penetrar en el núcleo mismo de las organizaciones, para el conocimiento, control y desmantelamiento de su actividad, sirviéndose para ello de agentes infiltrados, colaboradores o confidentes.

De otro lado, los sistemas cada vez más sofisticados de comunicación y transporte, de medios financieros y estructuras jurídicas puestas al servicio del delito por parte de las bandas organizadas, hace que la labor de investigación y represión policial, que opera en desventaja, traspase, en ocasiones, los límites básicos que informan un Estado de Derecho, pues prevalece en estos casos el “más crudo utilitarismo”⁽³⁾. Y no sólo en estos casos, aunque sí de manera significativa.

En principio nada habría que temer de una actuación de los servicios de policía que, con el empleo de distintos medios de investigación, se limitase a constatar la realidad de la perpetración de un delito en ciernes o ya cometido y lo haga aflorar para su justa represión. Empero lo dicho, la línea divisoria entre un agente infiltrado, por ejemplo, y un agente provocador muchas veces es difícilmente distinguible, sobre todo en el caso de que el primero provoque cuando pone en evidencia la actividad criminal⁽⁴⁾. Y, asimismo, la experiencia también demuestra que una cierta vanidad en determinadas unidades policiales – ávidas de reconocimiento profesional y social – fuerzan las normas de actuación al punto de obrar como auténticos agentes provocadores.

³ RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, op. citada.

⁴ MOLINA PÉREZ, TERESA. “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines” (II) en Anuario Jurídico y Económico Escorialense. XLII (2009) 153-174. ISSN: 1133-3677.

Ahora bien, no todo actuar de un agente provocador está prohibido, sino únicamente aquel que crea un delito que previamente a la intervención del agente no estaba concebido ni planeado por su autor, esto es, la resolución delictiva hasta ese entonces era inexistente. El policía, aunque busque la eficacia en la lucha contra la delincuencia, debe ante todo respeto a la legalidad. Por consiguiente, no le está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes como sucede en el caso de incitar a una persona a cometer un delito que de otro modo no habría cometido. “El Derecho – como bien precisó RUIZ VADILLO - no puede jamás asentarse sobre situaciones de inequívoca inmoralidad: no es lícito provocar desde el poder para después condenar”⁽⁵⁾.

La importancia que, a mi juicio, suscita la figura del delito provocado, no sólo en un plano conceptual, sino eminentemente práctico, desde la perspectiva del derecho a la defensa, hace que el objeto de las siguientes páginas persiga como propósito analizar la particularidad delictiva que centra nuestro estudio, desde su génesis jurisprudencial hasta las recientes concreciones del concepto, las consecuencias que su estimación por los Tribunales produzcan en provocador y provocado y las razones que las justifican, su diferencia con otras figuras afines y, en última instancia, la delimitación del delito provocado en relación con la prueba provocada y la provocación policial.

A la hora de abordar nuestro estudio no resultará superfluo, por tanto, colocar como frontispicio lo que el propio Tribunal Supremo ha consagrado en su doctrina, sirviendo como muestra el botón que constituye el Auto de 18 de junio de 1992: “La verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento Jurídico... No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad”.

⁵ RUIZ VADILLO, ENRIQUE. “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”. Revista General del Derecho, Sección Doctrinal, 1.994, páginas 4909-4922.

II. EL CONCEPTO DE DELITO PROVOCADO Y SU RELACIÓN CON LA PROVOCACIÓN POLICIAL.

La figura del delito provocado, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos (6), carece en nuestra normativa positiva de un tratamiento concreto, tanto para estimarla punible como inocua, de modo que cabe afirmar que ha sido la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (7) la que, a golpe de sentencia, la ha fraguado, estableciendo al efecto ciertos criterios para su apreciación o su desdeñanza; con todo, no debemos olvidarnos que este empeño, en su justa medida, ha sido completado con la contribución que la doctrina científica ha prestado al hilo de las distintas resoluciones dictadas por nuestro alto Tribunal, como así expresamente ha sido reconocido por éste. MOLINA PÉREZ reafirma la idea de que en nuestro ordenamiento jurídico penal el delito provocado “no constituye una categoría jurídica positiva, sino empírica, que hunde sus raíces en la propia realidad criminal, habiendo sido la jurisprudencia, al igual que sucedió con otras figuras, como con el delito continuado, la que ha tratado de darle una construcción con pretensión generalizadora” (8).

En todo caso también es cierto que, desde esa misma tribuna jurisdiccional, hubo quien en determinado momento alzó la voz poniendo de relieve que los casos de delito provocado se encontraban, tácitamente, plasmados en los principios de aplicación genérica del Código Penal contenidos, de manera primordial, en el hoy derogado artículo 1º, en directa alusión a la voluntariedad de las acciones como característica definidora del delito (9). Así, la sentencia de 3 de noviembre de 1.993

⁶ El Código Penal de Uruguay contiene la regulación del delito provocado en su Artículo 8 (Del delito putativo y la provocación por la autoridad), que dispone: “No se castigará el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo. El hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso que el Juez competente autorice, por escrito, la provocación por razones fundadas. Esta autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento. Queda el Juez facultado en los casos de delito putativo o cuando no mediere la autorización para la provocación, para adoptar medidas de seguridad”. Redacción dada por el artículo 74 de la Ley N° 17243 de 29/06/2000.

⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL, “El delito provocado y el agente encubierto”, en Actualidad Penal, n° 44, Sección Doctrina, Ref. XLV, pág. 1183, Tomo 3, 2002. Ed. La Ley.

En el mismo sentido, RUIZ ANTON, LUIS FELIPE, op. Citada

⁸ MOLINA PÉREZ, TERESA, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines” (I) en Anuario Jurídico y Económico Escurialense. XLII (2008) 183-196. ISSN: 1133-3677.

⁹ El artículo 1, párrafo 1 del Código Penal de 1973 rezaba “Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley”. Merced a la reforma de 1983, el precepto pasó a decir “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley”. GONZALO QUINTERO OLIVARES decía al respecto que “Cuando se interpreta la palabra <<voluntarias>> las opiniones se

(Ponente García Ancos) expresaba que “Es unánime criterio el de que esta figura del agente provocador ha sido creación directa de la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto la ley positiva parece no contemplar estos supuestos de intermediación o de inducción necesaria. Sin embargo, creemos que ello no es del todo cierto, pues el artículo 1 del Código Penal...exige como requisito esencial de todo delito o falta el elemento culpabilístico del dolo o la culpa, es decir, de que la acción se realice de manera voluntaria, de tal manera que si esa voluntad está viciada desde el principio hemos de entenderla como inexistente y, por ende, no puede hablarse de acción delictiva, aunque los resultados que con ella se produzcan así lo aparenten”. Esta base legal - apostilla la sentencia - encuentra su “causa prístina” en “el principio constitucional de la libertad de las personas, prescrito en diversos preceptos de la Ley Fundamental, pero de modo más directo en su artículo 9.2º”.

En última instancia no podemos olvidar que, sin embargo lo dicho, ha sido la norma procesal el medio por el que la legislación positiva española operó novedosamente al referirse a la figura del agente provocador, si bien fuera parcialmente y de modo negativo o indirecto. En efecto, 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, proporcionó “habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada delincuencia organizada” (Exposición de Motivos). En su artículo 282, bis, dispone que dicho agente “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”. Cobertura legal, pues, al agente encubierto en tanto sus acciones no sobrepasen los principios informadores de nuestro ordenamiento y queden justificadas por la investigación misma; en caso contrario, podrá correr la suerte de ser considerado

dividen al gusto de cada postura doctrinal: a) Para unos esa palabra no significaba más que las acciones y omisiones que no fueran espontáneas y libres, sino determinadas por una fuerza exterior, b) Para otros la palabra <<voluntarias>> podía equipararse a <<dolosas>>. De este modo el párrafo primero del art. 1 del Código Penal definiría el delito doloso mientras que la definición del delito imprudente quedaría relegada al artículo 565, c) Siendo la voluntariedad de la acción nota común a las acciones dolosas y a las culposas, se ha sostenido también que la palabra <<voluntarias>> abarcaba tanto el dolo como la culpa, y d) Desde una óptica finalista, en cuya virtud dolo y culpa se ubican sus atributos del concepto de acción, la voluntariedad se ha referido a la norma (voluntad antinormativa)”. Vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “La reforma penal de 1983” en Ediciones Destino, Barcelona, Segunda edición, 1984. Nuestro vigente Código Penal recoge casi idéntica redacción en su artículo 10: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

agente provocador, esto es, de inducir engañosamente a otro a cometer un delito que previamente no tenía concebido realizar.

Sea como fuere, – y a falta de específica definición legal –, podemos decir que jurisprudencialmente el delito provocado se ha entendido como “el que surge por obra y a estímulos de un agente provocador” (STS 18 de abril de 1972), siendo el resultado de la actividad de dos individuos: un agente provocador y un sujeto provocado, cualquiera que sea la condición personal de uno y otro y cualquiera que sea la naturaleza del delito provocado. La sentencia de 2 de abril de 2009, con cita de la de 12 de junio de 2002, lo ha descrito del siguiente modo: “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 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 tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido”.

Del tenor de tal declaración se desprenden las siguientes notas que caracterizan la estructura del delito provocado:

1^a. Desde el plano objetivo, el delito provocado implica la necesaria existencia de una provocación, esto es, una iniciativa del agente provocador, miembro de los cuerpos policiales o colaborador de éstos, a resultas de la cual el provocado toma la decisión de delinquir. Se precisa, por tanto, una “inducción engañosa”.

2^a. Subjetivamente, la finalidad que mueve al agente provocador es demostrar la intervención en el delito de la persona del provocado, con la obtención subsiguiente de pruebas que acrediten el hecho punible y su relación con aquel, de manera que pueda proceder a su detención o al menos facilitarla.

3^a. Por último, el agente provocador tomará las medidas de precaución o de garantías necesarias para evitar que el hecho realizado por el provocado no alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito en cuestión.

Es así que estaremos en presencia de un delito provocado y, consecuentemente, de un agente provocador, en el momento en que la actuación de éste sea anterior al

inicio de los actos constitutivos del delito por parte de su autor o autores. “Por el contrario, cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y la policía tiene fundadas sospechas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción del artículo 28, a) del Código Penal, dado que los autores tienen ya decidida la comisión del delito y, por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues éstos ya están obrando dolosamente”(10).

En este sentido, anunciábamos al comienzo de estas páginas que no toda provocación o intervención policial, si se quiere engañosa, practicada en el descubrimiento de un hecho punible es causa de un delito provocado, sino solo aquella que origine una voluntad delictiva en quien no albergaba decisión de cometer delito alguno y que, debido a la instigación del agente provocador, lo ejecuta o al menos da inicio a su ejecución. Por tanto, si la actuación de los servicios y cuerpos de seguridad queda encaminada a provocar que un delito previamente concebido por su autor, de manera libre y espontánea, salga a la superficie, estando cometido o por cometer, tal modo de operar será lícito y entrará dentro de las obligaciones que la Ley impone a los miembros de la Policía.

Ya se advirtió por el Tribunal Supremo, al inicio de la década de los 70, la necesidad de tener que indicar que no toda intervención de un agente en la averiguación de un delito, sobre todo de tracto sucesivo (así, tráfico de drogas) - cuando propicia la postrera fase o eslabón del hecho delictivo con la finalidad de poner al descubierto la actividad de quien ya se venía dedicando a dicha tarea criminal -, encierra un supuesto de delito provocado, pues considerar dicha solución implicaba, automáticamente, la impunidad del provocado: “Si se estimaba que estábamos ante un delito provocado, porque, en definitiva, el último eslabón era consecuencia de la intervención policial que con su actuación daba ocasión a que se llevase a cabo el hecho, de antemano habría que excluir la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al sujeto incitado”(11).

De tal modo es así, que la jurisprudencia estableció la distinción entre delito provocado, que es impune, y el delito preexistente descubierto por iniciativa del agente policial que simula aceptar su participación en el delito a fin de que aflore la criminal actividad, como mecanismo o técnica para descubrir su comisión, que es castigable.

¹⁰ MOLINA PÉREZ, TERESA, op. citada.

¹¹ RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, op. citada.

Con idéntico sentir, la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 1/1981, de 10 de julio, sobre la responsabilidad del agente provocador, declaraba la responsabilidad del provocado en base a la citada distinción: “no se sujetan a este tratamiento – de delito provocado –, con lo que hay responsabilidad para el provocado, aquellos casos en que la provocación vaya encaminada a descubrir delitos ya cometidos (Sentencias de 18 de abril de 1972, 2 de febrero de 1973, 18 de abril y 14 de junio de 1975), sobre todo cuando se trate de infracciones de tracto sucesivo, naturaleza que debe asignarse al tráfico de estupefacientes, y el agente provocador es un funcionario de la Policía Judicial, que, simulando ser comprador, persigue en realidad averiguar los canales a través de los cuales se venía difundiendo la droga por vastas organizaciones. Esta doctrina es, por lo demás, aplicable, como dice la Sentencia de 18 de abril de 1975, a aquellos supuestos que, no por presentar perfiles de más modesto alcance, dejan de ofrecer igual persistencia en la conducta y consiguiente peligrosidad para la salud pública. Además, la conducta del provocado es sancionable en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado era un <<omnimodo facturatus>>, es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita” (Sentencia de 14 de junio de 1975).

Esta diferenciación en el actuar del agente policial se ha repetido, con bastante unanimidad desde entonces, en la doctrina del alto Tribunal, recogándose en sentencias posteriores a las mencionadas por la Fiscalía General. Así, por citar una, la de 19 de febrero de 2003 afirmaba que “No cabe identificar ni confundir el delito provocado con el que ha venido en denominarse «delito comprobado», que tiene lugar cuando la actividad policial, sin quebrar legalidad alguna, pretende descubrir delitos ya cometidos. En estos supuestos el agente infiltrado no busca ni genera la comisión del delito, sino allegar las pruebas de una ilícita actividad ya cometida o que se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el delito provocado no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir. En el delito comprobado esa decisión es libre y nace espontáneamente”. La sentencia de 1 de marzo de 2011, con mayor profundidad argumental, expresa de igual manera que “No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la

actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial. Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la "notitia criminis", mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa acerca de una realidad delictiva ya existente, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas”.

Sin embargo lo antedicho, la aparente claridad en la diferenciación entre un delito provocado y lo que se ha llamado delito preexistente descubierto, a través de la prueba provocada, en relación a la intervención de los servicios policiales, no debe llevarnos a adoptar precipitadas conclusiones, pues la casuística no está exenta de problemas y la realidad nos demuestra que la frontera entre lo que sea una lícita actuación de los agentes de la policía de otra que provoque un delito hasta entonces inexistente no siempre aparecerá bien definida, lo que nos exigirá, a la hora de estimar si nos hallamos ante un delito provocado o ante una investigación policial ajustada a derecho, delimitar con la mayor precisión que nos sea posible los márgenes de aquella actuación por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el

cumplimiento de su labor de descubrir conductas punibles y proceder a su represión, esto es, fijar los límites de la actuación policial. A este concreto particular me referiré posteriormente.

III. EL TRATAMIENTO DEL DELITO PROVOCADO Y LA PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Desde las iniciales sentencias que comenzaron a perfilar la teoría del delito provocado (así, las 22 de junio de 1950 y el 15 de junio de 1956) hasta la más recientes, el tratamiento que ha dado el Tribunal Supremo a los casos estimados como delitos provocados, conforme a la doctrina construida, es la declaración de impunidad, por imposibilidad de castigar al sujeto provocado, y ello, en unos casos, sobre la base de la ausencia de voluntariedad o de libre iniciativa de la conducta de éste, pues obra conforme el discurrir criminal diseñado por el agente provocador⁽¹²⁾; en otras ocasiones, se ha recurrido al argumento de la incapacidad de realización del daño ab initio, pues dicha imposibilidad es preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 lo expone del siguiente modo: “En el delito provocado no existe un verdadero propósito de perpetración y consumación del delito, porque la inducción no es real sino engañosa, siendo la consecuencia de todo lo expuesto, la absoluta impunidad del delito provocado al carecer la acción de entidad suficiente para integrarse en una norma penal y ello por dos razones, la primera porque de acuerdo con la función instrumental del derecho penal como garante de los bienes jurídicos a cuya protección deben tender los tipos penales, si no existe un desvalor del resultado,

¹² En la Sentencia de 22 de junio de 1950, que inicia la doctrina jurisprudencial del delito provocado, se resuelve el recurso de casación suscitado por un condenado por falta de hurto, sobre la base de unos hechos probados en la sentencia de instancia donde se relata la actuación del Gerente de una sociedad mercantil que se puso de acuerdo con otra persona con el deseo de comprobar ciertas sospechas de la conducta que tenía del químico contratado por la sociedad, el cual resultó denunciado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, absolviendo al condenado, conforme al siguiente argumento: “CDO: Que la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley han de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo, mas de ningún modo, con carácter general, del supuesto perjudicado, por cuyo motivo, cuando el mismo, para poner a prueba la moralidad de un empleado, de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia, encarga a una persona de su confianza que estimule e induzca a la comisión de un acto punible y al ser practicado formula denuncia criminal, es evidente que el delito o la falta contra la propiedad de que se trate tiene la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado”.

porque el ataque al bien jurídico está previamente excluido, no cabe sanción alguna ni por tanto imposición de pena, salvo que se atribuya al sistema penal una función mucho más amplia en clave promocional, simbólica o ético social de más que cuestionable admisibilidad en un estado social y democrático de derecho, al alejarse del principio de intervención mínima y de protección de bien jurídico vertebradores y fundamentadores del sistema de justicia penal. En segundo lugar porque desde la tensión dialéctica entre eficacia policial y respeto a la legalidad no está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes como sucede en el caso de incitar a una persona a cometer un delito que de otro modo no habría cometido. La aplicación del art. 11 de la LOPJ que determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales devendría en inexcusable desde la perspectiva constitucional que prohíbe toda actividad arbitraria a los poderes públicos –art. 9-3º CE–, porque en definitiva, la misión de la policía judicial es descubrir el delito ya cometido pero no facilitar la comisión de otro”.

Ahora bien, cuando la provocación policial, como medio de investigación, se ha limitado a constatar la existencia de una previa decisión delictiva y su actuar ha sido dirigido a la acreditación de dicha conducta para descubrir el hecho punible, en ejecución o ya consumado, y apresar a su autor, con la intervención de los efectos del delito, la respuesta ha sido la condena del investigado por el delito cometido, siendo lícita la actuación de los funcionarios de policía. En este sentido, la sentencia arriba reseñada incide en el hecho de que cuestión distinta “es la sutil pero trascendente diferenciación entre el delito provocado y la provocación policial, tendente esta última a poner de manifiesto una situación o actividades criminales ya existentes, singularmente de tracto sucesivo como ocurre en el tráfico de drogas, pero que permanecen ocultas, teniendo la actividad policial la única finalidad de sacar a la luz la ilicitud penal ya cometida”. En estos casos, en los que no ha existido una inducción a la comisión del delito por parte del agente provocador, que es el agente policial, sino a descubrir el cometido con anterioridad, la participación del agente de la autoridad se encuentra justificada por el cumplimiento de los deberes de su cargo, revestida de licitud y constitucionalidad.

En consecuencia con lo todo lo anterior, la posición del Tribunal Supremo en relación al delito provocado y a la provocación policial se ha concretado en las siguientes líneas maestras:

A) Atendiendo a la perspectiva constitucional, que impide toda arbitrariedad de los poderes públicos (ex artículo 9, 3º de la Constitución Española) e incluso desde la llamada legalidad ordinaria, que sanciona con nulidad completa y radical las pruebas obtenidas ilícitamente, el delito provocado, como “hecho aparentemente delictivo, es penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y por ello absolutamente impune” (sentencia, entre otras, de 22 de diciembre de 1992).

B) En segundo lugar, no cabe exigencia de responsabilidad penal al sujeto provocado porque falta la tipicidad y falta también la culpabilidad ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la misma manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente provocador, desencadenante de la acción de aquel (así, entre muchas, la sentencia de 22 de mayo de 1993). La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal.

Desde la perspectiva del sujeto provocado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho mención en numerosas ocasiones a la asimilación de la figura del delito provocado a otras que, de alguna manera, pudiesen identificarla, en orden a la respuesta jurisdiccional que se otorgaba a la conducta del provocado, que en cualquier caso era la absolución por el delito del que venía siendo acusado. No ha faltado, de este modo, la mención al delito putativo o al delito imposible – en un sentido más o menos amplio – como ya lo hiciera la sentencia mencionada de 18 de abril de 1972 al tratar de explicar la naturaleza de la actuación del sujeto provocado; otras, como la de 20 de mayo de 1997, lo califican como el “esbozo de un delito imposible” o la de 16 de abril de 1999 que matiza que “el delito provocado no debe ser punible porque es sólo delito en apariencia”. En este sentido, hay autores, como TORRENTE RISUEÑO, que participan de la tesis de que en el delito provocado nos encontramos ante un supuesto de tentativa inidónea⁽¹³⁾. Por ello, al hilo de la conducta del sujeto provocado, estimo necesario hacer algunas consideraciones al respecto.

Un delito putativo o delito imaginario – “error al revés” según el término creado por BINDING -, como sabemos, tiene lugar cuando alguien efectúa una acción en el convencimiento de que es una conducta prohibida por la ley, no siéndolo. Este error, que hace referencia a un acto atípico, carece de toda trascendencia ⁽¹⁴⁾. Un caso así es el de la persona que comete un aborto en un país en donde es legal, pero creyendo que no

¹³ TORRENTE RISUEÑO, JESÚS, “Delito provocado ¿tentativa inidónea?”, en Revista Digital del Ilustre Colegio de Abogados de Albacete, www.icalba.com, 2008.

¹⁴ RODRIGUEZ DEVESA, “Derecho Penal Español. Parte General”, Madrid, 1981.

lo es. Si bien la persona puede creerse culpable, en realidad no es así, y por lo tanto el acto no acarrea responsabilidad penal. En virtud del principio de legalidad, el delito putativo no está penado y ese mismo principio prohíbe dar al concepto de delito otra acepción ⁽¹⁵⁾. A mi entender, es difícil equiparar en plenitud la figura del delito provocado con el delito putativo o imaginario en orden a la no punibilidad del sujeto provocado y ello porque en el primero la conducta que sugiere eficazmente el agente provocador al provocado está, en principio, objetivamente sancionada por la ley – por ejemplo, la adquisición de sustancia estupefaciente para su preordenación al tráfico -, y de hecho busca la ejecución de la misma, o su inicio al menos, precisamente, para poder lograr su detención por el hecho criminal, pues si esa conducta no estuviese prohibida huelga hablar entonces de cualquier acto represivo por parte del agente provocador o de la autoridad competente. Bien es cierto que puede objetarse que el provocado tiene su voluntad tan viciada por la provocación que falta la culpabilidad necesaria de la acción y, en su consecuencia, no habría tipicidad propiamente dicha. Pero mientras que en el delito putativo la acción no está prevista en la Ley, y es atípica antes y después de su realización, en el delito provocado la atipicidad, según entiendo, vendría determinada, a posteriori, por la acreditación de la causa que movió al provocado a realizar el delito, que no es otra que la instigación eficaz del agente provocador que contaminó la libre voluntad del sujeto provocado.

De otro lado, tampoco comparto la idea de concebir al delito provocado como una tentativa inidónea o delito imposible o no, al menos, como una categoría plenamente asimilable en todos los casos. Decía RODRIGUEZ DEVESA que “la tentativa inidónea - delito imposible - es aquella en que la acción del sujeto dirigida a la realización de un tipo penal no puede conducir, por razones fácticas o jurídicas, a la consumación”. Esto ocurrirá, añade, “cuando el sujeto, los medios o el objeto son inidóneos”. En referencia al delito provocado, estimo que la razón que ha alimentado su equiparación con la antedicha figura por parte de la jurisprudencia ha sido justificada sobre la base de la indemnidad ab initio del bien jurídico por la eficaz actuación anticipativa del agente provocador que, con su pronta reacción, ya prevista, evita la consumación delictiva y la consiguiente lesión de bien protegido, dándose más o menos por sentado que la consumación del hecho delictivo produce necesariamente el ataque real del bien objeto de protección. La sentencia de 3 de julio de 1984 hacía hincapié, precisamente, en que una de las características del delito provocado es la “falta de daño o peligro, porque de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico que es lo que pretende el agente provocador...”. La postrera de 27 de

¹⁵ RODRIGUEZ DEVESA, op. citada.

diciembre de 2001 se pronunciaba en similares términos al decir que en la estructura del delito provocado existe “una imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado por la norma, y ello bien porque como afirma la STS de 22 de junio de 1950 «...previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado...», o, como se declara en la sentencia de 27 de junio de 1967 «...no puede llegar el resultado porque habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo baldía la actividad por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía...” Expresado de otra forma, si se quiere, simplista: cualquier esfuerzo del provocado en consumir su acción será superfluo por la diligente intervención del agente provocador para que ello no suceda.

Ahora bien, si sólo atendemos exclusivamente a este momento final, caracterizado por la evitación de la lesión del bien jurídico, “podría desconocerse la efectiva peligrosidad contenida en la actuación inicial del provocador, que resulta evidente cuando se atiende al hecho de que, si a esa intervención inicial no se acompaña una conducta tendente a la neutralización de su peligrosidad, o, incluso si a pesar de existir, no se muestra eficaz, desembocará finalmente en el resultado delictivo”⁽¹⁶⁾.

Por tanto, si aceptamos la premisa de que la ecuación delito provocado es igual a delito imposible o tentativa inidónea, o absolutamente inidónea, porque la consumación del delito no llegará a producirse por virtud de la actuación prevista y anticipada del agente provocador que, obrando de ese modo, impide la lesión del bien jurídico protegido, estaríamos olvidando aquellos tipos penales - claro ejemplo lo es el de tráfico de drogas - denominados de mera actividad o de riesgo cortado, “delitos de peligro abstracto en que se adelantan las barreras de protección, sin exigir siquiera la concreción de ese peligro como proximidad de lesión” (STS de 3 de mayo de 2004) en los que la consumación se alcanza por muy diversos medios - y la casuística es tan amplia que tampoco puede descartarse una efectiva lesión - : así, para el Tribunal Supremo, el delito del artículo 368 es de resultado cortado, consumación anticipada (SSTS 31 de octubre y 16 de septiembre de 2005 y 6 de junio de 2002) y de ejecución permanente (STS 21 de diciembre de 2001), que no requiere la realidad del daño (STS de 7 de julio de 2002), consumación: basta con el acuerdo de transmisión (STS de 7 de enero de 2003) y mera posesión preordenada al tráfico (STS 6 de octubre de 2004),

¹⁶ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN, “La inducción a cometer el delito”, Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 459 y ss.

incluso mediata (SSTS 3 de octubre de 2003, 30 de abril de 2004 y 8 de abril de 2005), el mero contacto con los vendedores, aunque sea en el extranjero, para el envío de droga (STS 7 de noviembre de 2003); en la mediación se consuma aunque se ignore el resultado de la operación (STS 31 de diciembre de 2002). Es difícil, pues, imaginar un supuesto de delito provocado en delito contra la salud pública que, de algún modo, no alcance la consumación, siendo por ello excepcional la estimación de formas imperfectas de comisión. “En la provocación a un delito de tráfico de drogas”, dice MOLINA PÉREZ, “nos encontramos con que se realizan todos los elementos del tipo del artículo 368 del Código Penal. El agente provocador es siempre la causa de ello, y es indiferente que la fase última de la entrega de la droga se materialice o no, ya que nos encontraríamos en un agotamiento del delito”⁽¹⁷⁾. Si se quiere respetar el principio del bien jurídico protegido, el hecho de inducir a otro a cometer un delito de tráfico de drogas ya de por sí implica poner en peligro el bien salud pública, que es el que se protege en la norma penal.

Este tipo razones ha llevado a quienes - así FERNÁNDEZ APARICIO ⁽¹⁸⁾ -, afirman que no puede admitirse la posibilidad de contemplar el delito provocado como una tentativa inidónea en relación a los delitos contra la salud pública, aunque sí se acepte en aquellos delitos de resultado.

Se nos podrá decir que, en cualquier caso, no toda consumación en esta clase de delitos implica la efectiva lesión del bien jurídico, lo cual admitiría alguna que otra objeción. Pero tampoco la actuación del agente provocador es una garantía a prueba de cualquier eventualidad de que no ocurra el resultado no deseado. De otro lado, si admitiéramos aquella equivalencia, estaríamos ignorando la falibilidad de la condición humana, pues sería tanto como aceptar como axioma indestructible que el plan precautorio del agente provocador, en todos los casos, no presentará nunca resquicio o fractura por la que se pueda producir el daño al bien jurídico o someterlo a riesgo real o que, en suma, exista una imposibilidad de consumación. RUIZ VADILLO ⁽¹⁹⁾ se pronunciaba al paso de un supuesto, no fabulado, del siguiente modo: “A veces, se piensa que como el inductor o provocador controla la dinámica comisiva del inducido no se corre ningún peligro. Ni siquiera esto es cierto; una vez puesta en funcionamiento

¹⁷ MOLINA PÉREZ, TERESA, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines” (II) en Anuario Jurídico y Económico Escorialense. XLII (2009) 153-174. ISSN: 1133-3677.

¹⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL, op. citada.

¹⁹ RUIZ VADILLO, ENRIQUE, op. citada.

la actividad delincriminal puede ocurrir que el inducido escape del control del inductor y el delito se produzca. Así, un policía invita a una determinada persona a que le facilite droga con objeto de detenerle cuando la operación se esté realizando, fingiendo por ejemplo ofrecer una determinada cantidad por gramo. La persona inducida, que nunca se había dedicado a este ilícito menester, encuentra a quien le facilita la sustancia querida por el agente provocador pero saliendo al paso una tercera persona ofreciendo un mejor precio, a ella se la vende, sin poderse después localizar al verdadero adquirente”. Ciertamente es éste un supuesto nada descabellado en el que el delito no ya es que se consuma, sino que alcanza el agotamiento, y no por ello podremos sostener seriamente que no se trata de un supuesto de delito provocado. Modestamente entiendo, en consecuencia, que lo definitorio del delito provocado no es tanto la consumación del delito – no deseada, desde luego, por el agente provocador –, sino la constatación de la producción de una inducción engañosa del agente provocador hacia el sujeto provocado, con la finalidad, a mi juicio ilegítima (20), de que al ejecutar éste los actos propios del delito de que se trate pueda aquel conseguir su detención y la obtención de pruebas incriminatorias de la participación del provocado. El agente provocador procurará la no consumación del hecho criminal y evitar la lesión del bien jurídico, pero si ello ocurre, no por tal razón no hemos de considerar los hechos como un delito provocado, si se quiere, como categoría diferenciada de la tentativa inidónea o del delito imposible.

C) Retomando nuestro hilo discursivo diremos que, en lo concerniente al agente provocador, el problema de determinar si ha cometido o no alguna infracción en los casos de delito provocado se resuelve por el Tribunal Supremo en atención a la falta de dolo ya que el agente, aún obrando mal, no albergaba la intención de delinquir, pues “bajo la apariencia de una infracción delictiva se escondía una finalidad absolutamente distinta” (21). El argumento no es otro que el que descansa en que en la verdadera inducción al delito, el inductor ha de tener no solamente el dolo de crear el propósito en otro para que delinca, sino ha de querer también que éste alcance la consumación, circunstancia tal que no concurre en el agente provocador.

En relación, precisamente, a la no exigencia de responsabilidad del agente provocador, podría aceptarse el mencionado argumento en aquellos delitos de

²⁰ “Es absolutamente inmoral que una persona incite a otra para que delinca y que, una vez que lo ha conseguido, el inductor, que jugaba << sucio >> quede como un contribuyente al saneamiento de la sociedad”, RUIZ VADILLO, op. citada.

²¹ Vid. SSTs de 10 de julio y de 22 de septiembre de 1.992 y la de 16 de abril de 1999: “delito controlado ex ante por la Policía Judicial”.

resultado, pues el provocador procurará siempre la no consumación del hecho punible. Por el contrario, en los delitos provocados de consumación anticipada como los de tráfico de drogas, la conducta del agente provocador podría encontrar problemas de encaje en el razonamiento expuesto, y así se ha sostenido en parte de la doctrina que, en estos casos, no debería resultar impune, con invocación de lo establecido en el artículo 373 del Código Penal, bajo cuyo tenor, “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores”, pues la dicción legal es clara y a pesar de ser la Policía el agente provocador, es responsable penalmente, pues opera como provocador, de un delito de tráfico de drogas, aunque persiga con su actuación una finalidad distante y distinta a la del tráfico de estas sustancias.

Haciéndose eco de las opiniones vertidas tanto por RUIZ ANTÓN como por GARCÍA VALDÉS, MOLINA PÉREZ ⁽²²⁾ pone el dedo en la llaga de que la interpretación jurisprudencial del delito provocado olvida siempre “la posible existencia de indicios de criminalidad en la conducta del agente provocador, y quiere que provocador y provocado corran la misma suerte”, dado que se atiende solamente al “resultado de la operación fallida”, por lo que la posición del Tribunal Supremo se ha realizado al precio de “enfrentar el delito provocado con las provocaciones policiales solamente por razones de carácter político criminal, que es la que le orienta”, de modo que no se ha planteado jamás “condenar penalmente al agente provocador”.

Con otro argumento, hay quien hace depender una posible responsabilidad criminal del agente provocador del “propio éxito de su intervención respecto a la contención o no del resultado” ⁽²³⁾, y así distingue entre que el desistimiento del agente provocador evite la producción del resultado, en cuyo caso quedaría impune, y que no lo evite, a pesar de realizar una conducta tendente a la neutralización del riesgo previamente creado: en estos casos, en la medida en que ha sido su conducta previa la que ha creado el riesgo que ahora no logra controlar, vendría en consideración su responsabilidad.

²² MOLINA PÉREZ, TERESA, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines” (II), en Anuario Jurídico y Económico Escurialense. XLII (2009) 153-174. ISSN: 1133-3677.

²³ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN, op. citada en nota 15.

D) En último extremo, si la actuación provocadora del agente policial ha consistido en poner de manifiesto una actividad delictiva preexistente, que ya se venía desarrollando, y su intervención se conduce a constatar el hecho y proceder a la detención del sospechoso e intervenir los efectos del delito, la provocación policial será ajustada a derecho y el autor o autores de la infracción penal deberán responder por el concreto delito que llevaban a cabo. En estos casos, el sujeto investigado está dispuesto a delinquir, por lo que la actuación policial se limita a poner en marcha una decisión previamente adoptada por aquel o revelarla al exterior. Esta respuesta, contenida en numerosas sentencias, se da por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las de 20 de enero de 1995, 14 de noviembre de 1998, 13 de junio de 2003 y en la ya mencionada de 27 de diciembre de 2001. En concreto, y por traer a colación un ejemplo, en la mencionada de 14 de noviembre de 1998, en un supuesto en el que el agente policial facilita la búsqueda de un local para efectuar una transacción de drogas, se pronuncia nuestro Alto Tribunal manifestando que no se dan al caso los elementos que caracterizan al delito provocado, “toda vez que el agente encubierto sólo ha participado en los hechos después del comienzo de la ejecución de los mismos y para proporcionar un lugar en el que la policía pudiera sorprender a los autores del delito”, siendo un proceder lícito del agente policial y su intervención quedar dentro de los principios de actuación recogidos en la Ley y en la Constitución.

IV. LOS LÍMITES A LA ACTUACIÓN/PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS. LA PRUEBA PROVOCADA.

Previamente a la concreción de cuales puedan ser los límites o barreras insalvables que delimiten una actuación policial ajustada al ordenamiento jurídico de otra que no lo sea, estimo necesario, si bien brevemente, hacer referencia a los medios o técnicas de investigación empleados por los servicios policiales para hacer frente al delito, descubrir a sus autores, obtener las pruebas de su comisión y, en definitiva, facilitar el ejercicio del ius puniendi por parte de los órganos jurisdiccionales ya que, según sea el caso, las transgresiones a la ley que puedan producirse en dicha labor de represión del crimen revestirán distintas formas, con afectación, en su caso, de derechos fundamentales. Para ello distinguiremos dos figuras, esencialmente, que son el agente provocador y el agente infiltrado.

a) El agente provocador, en un sentido lícito de su acepción - o *latu sensu* -, será normalmente el agente de la autoridad que, atendiendo a una sospecha o conocedor de la existencia de una actividad delictiva, habitualmente de las denominadas de tracto

sucesivo, adoptará una personalidad supuesta y se relacionará con quienes la llevan a cabo en busca de información y de poner al descubierto la actividad criminal. Este agente actuará mediante un doble engaño: el de camuflar su verdadera personalidad, esto es, la ocultación de su condición de policía (lo que no implica la actuación bajo identidad supuesta) y, de otro, el engaño en la intención que alberga respecto a las personas investigadas. Este agente, también, puede ser una persona no perteneciente a las fuerzas de seguridad del Estado, como ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Supremo y actuar como colaborador (así SSTs de 5 de junio de 1999 y 14 de julio de 2000, entre otras). Digamos, así, que la intervención de esta figura irá dirigida a provocar la probanza del delito preexistente. A diferencia de lo que sucede con el agente infiltrado, la figura del agente provocador no aparece recogida como tal en ningún precepto de nuestra Ley positiva, o no en modo expreso, constituyendo más una praxis de investigación frecuente de los servicios de policía y estimada en dicha labor por la jurisprudencia. Sus atribuciones, facultades y competencias en la averiguación del delito serán las genéricas establecidas en la Ley y en las normas reguladoras del cuerpo al que pertenezcan.

b) El agente infiltrado, o agente encubierto, sí es una figura reconocida a nivel legislativo en el artículo 282.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las diferencias más notables con el agente provocador son, de un lado, que el agente infiltrado es necesariamente miembro de la policía judicial, y actúa, además, con una identidad supuesta. Su misión primordial será infiltrarse en las organizaciones delictivas y ello, asimismo, en relación a una serie concreta de delitos que la propia Ley enumera. De otro lado, el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal, bajo ciertas condiciones, podrán autorizar al agente encubierto a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos ⁽²⁴⁾. Esta autorización judicial, que viene referida a conductas que, en principio, serían constitutivas de participación delictiva, o de cooperación necesaria o no necesaria, se convierte, así, en una cláusula general de exclusión de la antijuridicidad, al establecer un deber de actuar de un modo determinado, circunstancias estas que no concurren en el agente provocador.

Establecido lo anterior, y centrándonos en el primero de estos elementos de investigación citado, los problemas en torno a la figura del agente llamado provocador se van a producir generalmente en la averiguación de los delitos de tracto sucesivo,

²⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO, “El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español”, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

comúnmente en los de tráfico de drogas, cuando el agente desate un acto de tráfico ilícito para poner al descubierto una actividad preexistente sobre la que se tienen sospechas o, dicho de otro modo, para provocar la prueba de los hechos anteriores. La jurisprudencia, ya lo hemos visto, acepta válidamente una actuación así producida en tanto que en estos casos ha venido entendiendo que al tratarse de un delito de mera actividad, la sola y previa posesión de la droga preordenada al tráfico va a resultar acreditada por el acto provocador causado por el agente policial, poniendo en evidencia que el investigado tiene droga en su poder y está dispuesto a traficar con ella.

Sin embargo, la respuesta no debería resultar tan simple, porque en estos supuestos, por lo demás, hartos frecuentes en nuestros Tribunales, queda a la íntima convicción de los Jueces la credibilidad de las pruebas obtenidas en tan especiales circunstancias. Considérese, por ejemplo, el caso resuelto en la sentencia de 23 de enero de 2001 ⁽²⁵⁾, donde un agente de la policía, simulando ser un consumidor de sustancia estupefaciente, pregunta al sujeto investigado por persona que le pueda facilitar droga, regresando al poco tiempo el mismo pertrechado con una papelina, ofreciéndosela al policía que, de este modo, logró su detención. La sentencia justifica la condena en base al siguiente argumento: “En este caso no hay provocación al delito, sino descubrimiento de un delito ya consumado antes de la intervención del Agente de Policía. Al hacerse pasar éste por un cliente más, preguntando quien vendía droga, su actuación no originó la ideación criminal del acusado ni su comportamiento delictivo porque éste no está integrado por la venta de la papelina al Agente sino por la previa posesión de esa sustancia para la transmisión a un tercero. Finalidad que razonablemente infiere la Sala, excluyendo la hipótesis de un anterior propósito de autoconsumo, de datos significativos tales como no ser el acusado consumidor, y el escaso tiempo transcurrido desde que el Agente llegó preguntando quién vendía droga hasta el regreso del acusado con la papelina –algo más de un minuto–, que no permite suponer que la buscara exclusivamente motivado por la actuación policial sino que obliga a deducir que la poseía de antemano para venderla”. El razonamiento del Tribunal Supremo, - ese juicio de inferencia de la culpabilidad -, a mi entender simplifica en exceso la cuestión de la prueba del hecho previo, y se basa en la mera tenencia de la papelina y en que el sujeto no resultó acreditado ser consumidor, pero olvida que el motivo del provocado pudo ser, de manera razonable, por ejemplo, obtener un beneficio económico comprando dicha papelina a un tercero – pues la zona

²⁵ Sentencia citada en DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO y TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL, “La prueba ilícita penal”, Thomson Reuters Aranzadi, 6ª edición, Navarra 2012.

en que fue apresado era frecuentada por consumidores de droga - para poder recibir un mejor precio del agente de policía al venderla más cara, y no porque se dedicase a tal ilícita actividad con anterioridad. Su voluntad pudo moverse, precisamente, por el impulso policial, que actúa de resorte, y no por una decisión previa anterior al delito que no reconoce. De dicho individuo, además, no constaban en los antecedentes del caso circunstancias, al menos indiciarias, de que se hubiese dedicado al tráfico de estupefacientes, y tan es así que la sentencia reseña la carencia de condenas penales anteriores del mismo. Es más, en la declaración de hechos probados no se alude a que la dicha papelina la tuviese a su disposición, ni siquiera de forma mediata, sino que aparece con ella, lo cual no es dato acreditativo absolutamente de su posesión anterior. Ni tampoco consta que se desplazara a una vivienda de su propiedad o lugar sobre el que tuviera franca la entrada para recoger la sustancia, como referencia de posesión mediata. Luego, en este caso, la prueba provocada de la actividad preexistente es, en sí misma, el hecho químicamente puro de tráfico que el agente policial ha originado con su actuación, sin que exista, a mi juicio, acreditación de una previa actividad delictiva por el solo hecho de la venta. De este modo, la prueba de la actividad preexistente se convierte en el objeto de enjuiciamiento desplazando, precisamente, a la actividad preexistente.

Con ello, la prueba así obtenida plantea serios problemas de licitud, y lo mismo cabe predicar de la actuación policial. RUIZ ANTÓN expresa que “con frecuencia, los hechos objeto de valoración penal por el juez – hechos probados – son única y exclusivamente los relativos al último acto provocado por los servicios policiales, no existiendo sobre las anteriores actividades delictivas (incluso en los casos de tenencia con el fin de traficar o aunque se trate de un delito de tracto sucesivo) mayores indicios que los previos a la provocación policial...Cuando tal suceda, en realidad estamos ante un genuino delito provocado y esto sucederá cuando, a pesar de la intervención policial, sobre las anteriores actividades delictivas no haya más indicios que los previos a la provocación, porque ésta no contribuyó en absoluto a acreditar las anteriores actividades criminales” (26).

Curiosamente, sobre las citadas premisas, el propio Tribunal Supremo, años atrás, había puesto en tela de juicio la actuación policial y resuelto en el sentido contrario por aceptar que tal manera de obrar entrañaba un caso de delito provocado. Es así en la sentencia de 20 de febrero de 1991, al resolver un supuesto – frecuente - de

²⁶ RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, op. citada.

tráfico de sustancia estupefaciente suscitado por los agentes de policía, donde el Tribunal mantiene que en “el relato fáctico de la sentencia no aparece que haya quedado probada una anterior dedicación al tráfico o actividades preexistentes sino meros indicios o sospechas, ya que lo único probado y objeto de valoración penal por el Juez es la concreta operación de venta que motivó la condena”, de modo que el Alto Tribunal entendió hallarse ante un supuesto de delito provocado, pues la venta “surgió como consecuencia de la instigación policial”. En muy parecidos términos se resolvió por el Tribunal Supremo otro supuesto de venta de droga en su sentencia de 3 de noviembre de 1993. En esta última resolución que mencionamos, el Tribunal Supremo rechaza incluso que pueda hablarse de posesión directa o indirecta preordenada al tráfico pues “el delito se produjo a través de una provocación externa a los traficantes, cuya voluntad o dolo se vió afectada de manera viciada”.

Tanto en estas dos sentencias como en la primera reseñada, si bien la provocación policial pretendía acreditar – obtener la prueba, en suma – una actuación delictiva anterior de los sujetos investigados, lo cierto es que sólo el acto suscitado por los agentes provocadores es lo que fue objeto directo y único de valoración penal por los órganos jurisdiccionales respectivos, de modo que los tres supuestos deberían haber corrido la misma suerte de estimación de delitos provocados.

Este viciado modo de operar, por ejemplo, sería perfectamente trasladable a un supuesto de tráfico de armas en el que se sospecha de determinado individuo, y la policía, a fin de acreditar la dedicación del investigado a esta actividad, le propone la venta de un revolver, siendo así que la transmisión por el sospechoso de dicha arma, producida por la actuación del agente policial, sea la única prueba de cargo que sobre la preexistencia del delito se tenga. Es claro y patente que la prueba provocada, en sí misma, vendría constituida por el delito provocado por los funcionarios de las fuerzas de seguridad del Estado, y en consecuencia, podría reputarse, a falta de mayores datos, del mismo modo que los casos precedentes, como delito provocado.

Asimismo, el esquema operativo podría reproducirse, igualmente, en delitos como el cohecho, y en base a sospechas o confidencias sobre la fragilidad de un funcionario a la hora de aceptar sobornos, tender una trampa para así esperar que éste solicite o acepte dádiva de modo que con ello pueda “acreditarse” la falta de probidad anterior y previa del investigado. Y con tan única prueba, lograr la condena.

Ante tales actuaciones, cabe afirmar con RUIZ ANTÓN que “no se puede elegir a la carta al presunto culpable ni provocar una prueba que, en sí misma considerada, está

prevista en la Ley como delito (única prueba de cargo), para llevarla al juicio oral y fundamentar luego a partir de ella la convicción del Tribunal, porque, sobre lo dicho, el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución) requiere también juego limpio en la obtención de las pruebas de cargo”.

Pues aceptar este modo de intervención de los servicios policiales, sería tanto como dar carta blanca a poner señuelos a ciudadanos sobre los que se alberga algún tipo de sospecha de conducta para ofrecer un anzuelo y, caso de que pique, cerrar con pretendido éxito una abusiva actuación del poder público encargado de la averiguación y represión de los delitos, por ser el primer poder obligado al acatamiento de la legalidad. Si se estima plenamente lícito tal actuar provocador, bajo el argumento de que el individuo sospechoso lo habría cometido en todo caso, puede significar en ocasiones, además, un intolerable desplazamiento del principio de la “culpabilidad del hecho” por el de “culpabilidad por el carácter” o por la “conducción de vida” (27).

En última instancia, considérense las negativas consecuencias procesales que, en principio, y hasta el dictado de una sentencia, pueden sobrevenir en la persona del imputado en un supuesto como los que acabo de referir: posibilidad de padecer medida cautelar de prisión preventiva, con afectación del derecho fundamental a la libertad individual, sufrir embargos patrimoniales a resultas del proceso penal, someterse a la tan denostada “pena de banquillo”, etc.

La Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, 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. Esto enuncia el artículo 282 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para su estricto cumplimiento, por tanto, será necesaria una mayor exigencia investigadora, a través de medios si se quiere más sutiles, pero que no pongan en juego la honradez de las personas so pretexto de un “éxito policial”. En estos casos de provocación de la prueba, cuando menos, es menester que amén del último episodio delictual se aporten verdaderas pruebas al órgano jurisdiccional – o, cuando menos, indicios racionales bastantes de criminalidad – de la dedicación anterior al delito para

²⁷ SAP de Madrid, Secc. V, de 10 de febrero de 1992, traída a colación por RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, op. citada.

que la actividad de los miembros de la policía resulte lícita y constitucional. Caso contrario, los límites de su intervención pueden que cada vez se alejen más de la legitimidad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado y constriñan, por el contrario, al ciudadano con actuaciones al margen de toda legalidad, dando pie a que, paradójicamente, lo ilícito se vuelva lícito.

La anterior crítica a la actuación que puede llevar a cabo el agente provocador como medio de investigación, sin embargo, no es trasladable mecánicamente a la figura del agente infiltrado en los términos indicados, principalmente – aunque no sólo – porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, con ella, el Juez Instructor, autorizan, en principio y de antemano, la posibilidad al agente infiltrado de determinadas actividades que pueden resultar delictivas, de modo que los límites de actuación o valladares jurídicos puestos a su simulada actuación responden a unas necesidades de investigación no exactamente iguales que las del agente provocador aunque, en definitiva, con el mismo fin.

La recepción legislativa del agente encubierto, como ha destacado parte de la doctrina ⁽²⁸⁾, “no significa la introducción en nuestro ordenamiento de una pretendida figura del <<agente autorizado para delinquir>>, sino la aceptación de una actuación policial necesaria para simular actuaciones delictivas de colaboración, actividades destinadas a engañar a una organización criminal, y así descubrir delitos en cuya ideación el agente no tiene parte”. Interpretar de otro modo esta figura podría llevarnos a eliminar el principio de legalidad y de la interdicción de los poderes públicos en la investigación criminal al precio de satisfacer, con ello, el resultado mismo de la actuación del agente encubierto con el desmantelamiento de la aparente organización y el apresamiento de sus pretendidos integrantes, sus bienes y activos patrimoniales.

La Ley permite, hemos visto, que el agente encubierto pueda desarrollar actividades que caben ser calificadas de delictivas en tanto sean actos de cooperación con la actividad criminal de la organización –“a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos” -, y el Estado, cuando autoriza la infiltración asume que el agente encubierto, al ir ganando la confianza de los integrantes, correlativamente irá ganando status dentro de ella ⁽²⁹⁾, lo

²⁸ REDONDO HERMIDA, ÁLVARO, “El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Ley Penal*, nº 45, Enero de 2008, Ed. La Ley.

²⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO, op. citada.

que puede suponer ir más allá del mantenimiento de una mera actitud engañosa en cuanto a sus intenciones y la identidad supuesta que se le facilita, o realizar actos auxiliares del delito investigado, afectando con su actuación derechos fundamentales. De este modo, la propia Ley establece el mecanismo de control de la autorización judicial, que abarcará el engaño del agente en su condición y fines y, además, las actuaciones que sean proporcionadas a los objetivos de su intervención. Así, el plus de lesividad para ciertos derechos fundamentales (entradas y registros, secreto de las comunicaciones, derecho a la defensa) quedará justificado por la previa autorización judicial que debe solicitarla el agente encubierto

Con ello se quiere poner de relieve que si en principio puede parecer que la Ley concede una cierta permisividad delictiva al agente infiltrado, en realidad sus márgenes de actuación no son tan flexibles como nos pudiera resultar a simple vista, y a tal fin la articulación de una supervisión judicial – a través de autorizaciones o rendición de cuentas del avance de la investigación – establece ya límites de adecuación de la conducta del agente encubierto al ordenamiento jurídico.

Amén de ello, la norma establece unos criterios legales – susceptibles de interpretación casuística, eso sí -, en la intervención del agente infiltrado, operando como una causa de exención de la responsabilidad, 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”.

Ciertamente, como dice GASCÓN INCHAUSTI⁽³⁰⁾, sin la “permisión” legal en la participación en algunos delitos el agente no podría ganar la confianza del entorno delictual, aunque debe esperarse que dichos delitos sean de índole menor. Para REDONDO HERMIDA quedarían excluidos, desde luego, de la posibilidad de su compromiso por parte de la actuación del agente encubierto, aquellos tipos penales que protejan bienes jurídicos relativos a derechos tales como la vida, la integridad, la indemnidad sexual o la libertad individual ⁽³¹⁾. En todo caso, este compromiso de los derechos fundamentales necesita situarse en el marco de la autorización judicial que opera como un auténtico mandato judicial. La STS de 16 de febrero de 2.006 decía en

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, “Infiltración policial y agente”, Comares, Granada, 2001.

³¹ REDONDO HERMIDA, ÁLVARO, op. citada.

este sentido que “La habilitación judicial justifica la actuación de los agentes (encubiertos)...en aras de la necesaria investigación criminal”.

De este modo, la intervención a través de agentes infiltrados, a diferencia de lo que sucede con los agentes provocadores, encuentra un control a priori por medio de la Ley y también de la necesaria autorización judicial que sea requerida por la finalidad de la investigación, y otra coetánea basada en el control judicial de la actuación del agente. Del cual, dicho por último, debe predicarse, aunque dentro de las peculiaridades propias de la figura, lo apuntado en las anteriores páginas acerca de que su actuación no se transforme, de hecho, en una provocación al delito, razón de decaimiento de la causa de exoneración de responsabilidad criminal, pues con ese actuar, amén de las consecuencias personales que podría padecer ocasionaría el fin no deseado, esto es, la impunidad de los sujetos investigados.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El delito provocado, a lo largo de su constatado “historial jurídico”, ha recibido distintas denominaciones: delito imposible, delito putativo, tentativa inidónea, delito aparente o apariencia de delito. Todas ellas tratan de describirlo desde una perspectiva técnica del derecho. Soy del criterio – salvando más doctas opiniones fundadas en la ciencia penal –, que lo que verdaderamente caracteriza a nuestro protagonista es ser un artificio, y por ello lo califico como delito artificial. Artificial es su ideación, que parte de un agente provocador en una situación en la que, potencialmente, no existe peligro para ningún bien jurídico que pueda provenir de un sujeto, el provocado, que en ese momento concreto no tiene concebida la realización de ningún hecho punible. Artificial es su desarrollo, que depende del plan diseñado por el agente provocador disponiendo el cuándo, el cómo y el dónde; artificial es la voluntad del sujeto provocado, que no surge libre y espontáneamente, sino por la inducción ajena y extraña del provocador. Y, en definitiva, artificial es su resultado, en la medida en que el delito provocado nace con la vocación de no materializarse, con una finalidad ajena a la propia naturaleza criminal de un hecho punible. Cuestión distinta es que el plan le fracase al agente provocador y se logre el no deseado final.

Como técnica de intervención del poder público en garantizar la seguridad de sus ciudadanos mediante la prevención de los delitos y, en su caso, de la averiguación de los cometidos, se debe repudiar el empleo del delito provocado por la esencial

incompatibilidad de la figura con los principios informadores de un ordenamiento jurídico propio de un Estado de Derecho.

Un repaso a las sentencias dictadas en los últimos treinta años por el Tribunal Supremo, pone de relieve que la estimación de la figura del delito provocado ha ido en progresivo descenso, lo que puede ser debido a la cautela de los Tribunales en la necesaria ponderación de intereses teniendo en cuenta la tipología delictiva y, como apunta FERNÁNDEZ APARICIO, “porque los errores del pasado cometidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienden a no repetirse”. También debe admitirse que la Jurisprudencia, a veces vacilante, ha aceptado como actuaciones lícitas de los miembros de la policía hechos que son genuinos delitos provocados, casi siempre por razones de política criminal. Las mismas razones que han impedido, de otro lado, considerar una posible responsabilidad del agente provocador.

Es cierto, igualmente, que las modernas técnicas de perpetración de delitos, a través de grupos u organizaciones delictivas, dotados de poderosos medios financieros, hace que quien está encargado de combatirlos se sitúe en clara desventaja, pero no por ello se debe acudir a la infracción de la Ley y a la arbitrariedad del poder como atajo que solventa las diferencias de fuerzas entre los contendientes. Bien está engañar a tu oponente en el juego sucio, pero siempre dentro de las reglas del juego limpio.

Los poderes del Estado deben procurar huir, por último, de la presión social que, ante determinados fenómenos delictivos que, por una u otra razón, alarman a la población, pide a sus cargos políticos prontas soluciones y remedios eficaces, porque la prisa, en estos casos, demuestra que los operativos policiales de represión pueden vulnerar derechos de los ciudadanos en el acatamiento de las directrices recibidas de aquellos. Aunque, no se olvide, la defensa de estos derechos, desde luego, no sólo incumbe a la policía, sino muy principalmente a los Jueces y Tribunales que dirijan la instrucción de las causas penales y su enjuiciamiento, como al propio Ministerio Fiscal, garantes, unos y otro, de las libertades públicas y los derechos civiles.

Por ello, no debe prevalecer la idea de que la eficacia policial se enfrenta, en permanente situación de tensión, al Estado de Derecho, sino que ha de prevalecer la de que la seguridad de un Estado democrático está en manos de quien precisamente lo defiende con las armas que le proporciona su ordenamiento jurídico, y no en abierta confrontación con la Ley en aras de un éxito aparente, provocando delitos para luego reprimirlos.

En un Estado de Derecho, como precisa RUIZ ANTÓN, se ha de evitar estar fomentando la continua sospecha de que todo individuo es susceptible de cometer un delito y que, para confirmarlo o descartarlo, nada mejor que la intervención de un agente provocador, pues si se llega a legalizar la técnica del agente provocador, “el delito de diseño habrá hecho su aparición” (32)

³² RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, op. citada.