

4. DERECHO PENAL

LA PROVOCACIÓN DE LA PRUEBA Y EL DELITO PROVOCADO. LAS GARANTÍAS DEL ESTADO DE DERECHO

Por el Dr. LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. EL DELITO PROVOCADO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO
- II. EL DELITO PROVOCADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA
- III. DISTINCIÓN ENTRE DELITO PROVOCADO E INTERVENCIÓN POLICIAL DIRIGIDA A DESCUBRIR UN DELITO
- IV. EL DELITO PROVOCADO Y LA PROVOCACIÓN DE LA PRUEBA
- V. EL DELITO PROVOCADO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. EL DELITO PROVOCADO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO

La notoriedad que en los últimos tiempos ha adquirido la figura del agente provocador tiene una explicación bien sencilla: 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. Provocar un delito, para luego reprimirlo ventajosamente, tiene una larga tradición en la historia de todo pueblo¹.

Hasta tal punto es así, que desde amplios sectores de la teoría penal y procesal se discute la conveniencia y oportunidad de servirse de este personaje de doble cara. Se alega que la sociedad de nuestros días se siente acosada por ciertos hechos especialmente graves, como sucede con la delincuencia organizada, singularmente con el tráfico ilícito de drogas o con el terrorismo. Las extraordinarias dificultades que ofrecen las pesquisas policiales han propiciado la opinión de que servirse de agentes provocadores es un procedimiento eficaz para luchar contra esta criminalidad. Organizar ficticiamente una operación de tráfico ilícito, para involucrar a terceros, o presentarse como aparente comprador de droga, es una manera bien sencilla de poner al descubierto un delito y fundamentar luego sobre él una condena².

¹ Para una información histórica, sistemática y jurídico-penal de todas estas cuestiones remito a Luis Felipe Ruiz Antón, *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, págs. 9 y ss.; «El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, págs. 119 y ss.; «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas», en el libro colectivo *Problemática de la droga en España*, Edersa, Madrid, 1986, págs. 317 y ss.

² En la legislación comparada se admite la técnica del agente provocador para luchar contra el tráfico de drogas. Véase para *Italia*, Adelmo Manna, «La actual política criminal sobre la droga», en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada* (coordinadores: J. L. Díez Ripollés y P. Laurenzo Copello), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 96/97, quien cita la Ley núm. 162, de 26 de junio de 1990, y dice que «permite a la policía judicial perteneciente a unidades especiales antidroga que compren estupefacientes para conseguir elementos de prueba». En relación con *Holanda*, véase J. A. E. Verlaeve, en *La actual política criminal sobre drogas*, pág. 360, quien escribe: «El 1 de mayo de 1987 se instaló la oficina nacional deseudocompra en el C.R.I. (Centrale Recherche Informatiedienst). La oficina está integrada por un número de agentes secretos (infiltrados,seudocompradores)... En 1985 el Ministerio de Justicia publicó unas condiciones más detalladas para la infiltración». Finalmente, con respecto a *Alemania*, véase Walter Perron, «Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania», en *La actual política criminal sobre drogas*, pág. 287, quien manifiesta que, de acuerdo con la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes (BtMG) de 28 de julio de 1981, «el tráfico para fines profesionales con drogas es lícito según el parágrafo 4 II BtMG» en caso de emplearse por funcionarios de policía. Y de igual modo, la bibliografía germana (cfr. Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., Berlin-New York, 1991, pág. 684, 23.17)

El panorama pudiera resultar desolador. ¿Se impone el más crudo utilitarismo frente a los principios básicos que deben informar un Estado de Derecho? Porque está claro que con frecuencia los servicios policiales acuden a un medio engañoso para provocar al menos el último acto de una serie delictiva.

El cuestionario constitucional y procesal que antecede al problema jurídico penal y de política criminal subyacente merece algunas reflexiones³. Nada habría que temer para las garantías propias de un Estado de Derecho si la intervención policial se limitase *solamente* a realizar tareas de investigación criminal. El empleo de agentes secretos, infiltrados o encubiertos, «topos», delatores, «arrepentidos», confidentes, o la técnica de las entregas vigiladas, es práctica policial que, en tanto no implique la provocación o colaboración en un delito, es ajena al problema del agente provocador. Lo mismo hay que decir de los casos en que la policía no provoca en absoluto actividad alguna, aunque, alertada, espera al desarrollo e impide la consumación del delito. Sin embargo, la experiencia prueba que la distancia que media entre el simple observar y el pasar directamente a provocar el delito es sólo de un paso.

Ese es el motivo por el que presupuesto previo del análisis de las páginas que siguen es diferenciar entre la genuina conducta del agente provocador y la de quienes se limitan a realizar tareas de investigación policial en las que falta todo momento incitador. Estas últimas caen fuera del cuestionario que se plantea en estas reflexiones.

E incluso dentro del propio campo de acción del agente provocador se suele distinguir entre comportamientos permitidos y prohibidos. Mucho antes de que en el Derecho penal o en el Derecho procesal europeo se plantease la cuestión de los límites, en los Estados Unidos de América del Norte la *Doctrine of entrapment* señaló las pautas de la distinción: las provocaciones policiales dirigidas a suscitar en un tercero una resolución delictiva hasta entonces inexistente son contrarias a las garantías constitucionales de autodeterminación, por lo que no es posible fundamentar una condena sobre el hecho objeto de la presión policial; no así los supuestos en que el sujeto ya está dispuesto a delinquir y la intervención policial sólo contribuye a poner en marcha la decisión previa y libremente adoptada por el delincuente⁴.

considera que, de acuerdo con el parágrafo 29.1 de la propia Ley de Estupefacientes, no actuaría típicamente el funcionario de policía que media en una operación con un vendedor de droga con el fin de descubrirle.

³ Cfr. Enrique Ruiz Vadillo, «La figura del agente provocador en la Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo» en *Revista General del Derecho*, núm. 56, Valencia, mayo de 1994, págs. 4911 y ss.

⁴ Véase la propuesta de regulación del «entrapamiento» por el *Model Penal Code* (American Law Institute), Parte General, artículo 2º, parágrafo 2.13 (puede consultarse la traducción de la parte general del M.P.C., de donde la tomo tal y como figura, en *A.D.P.C.P.*, 1993, págs. 222 y ss., especialmente pág. 245) según la cual: «Parágrafo 2.13 *Entrampamiento*. 1. Un oficial del orden público o persona que actúe en cooperación con tal oficial comete un entrapamiento si con el propósito de obtener evidencia de la comisión de un delito, induce o ayuda a otra persona a incurrir en conducta

Este es también el parecer que últimamente prevalece en el Derecho procesal o penal que nos es más próximo. Se dice por algunos que una política criminal respetuosa con los principios básicos de un Derecho penal democrático permite servirse de acciones en las que la intervención policial se limita a propiciar la ocasión –tender una trampa– a sospechosos con el fin de poner de manifiesto las actividades criminales que ya vienen fluyendo con anterioridad; por el contrario, sería una práctica policial prohibida la incitación a un tercero, no sospechoso o no resuelto previamente a delinquir, para que cometa un delito con el solo fin de obtener pruebas de cargo contra él, demostrar así su intervención y luego fundamentar a partir de ese concreto hecho una condena⁵.

Si nos atenemos a esta línea divisoria, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo estaría plenamente alineada con este parecer. Y es interesante comprobar que el proceso seguido hasta llegar a esa conclusión no se operó, como en otros lugares, mediante una ponderación de los medios que traspasaban o no el umbral de la legalidad, sino por una vía indirecta: a través de la teoría de *delito provocado*.

II. EL DELITO PROVOCADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA

La teoría del delito provocado es obra de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Los primeros tanteos se inician en los años cincuenta (las S.T.S. de 22 de junio de 1950 y 15 de junio de 1956 son probablemente unas de las iniciales) y el proceso concluye, tras amplia discusión jurisprudencial interna, dos décadas después (hitos importantes de la doctrina son las S.T.S. de 27 de junio de 1967, 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973, 18 de abril de 1975 y 14 de

constitutiva de tal delito ya sea por: a) haber realizado conscientemente actos o afirmaciones con la intención de inducir la creencia de que tal conducta no está prohibida; o b) emplear métodos de persuasión o inducción que creen un substancial riesgo de que tal delito será cometido por persona diferente a la que se encuentra lista para cometerlo. 2. Excepto por lo estipulado en la subsección (3) de esta sección, una persona enjuiciada por delito deberá ser absuelta si se establece por preponderancia de prueba que su conducta ocurrió como resultado de un entrapamiento. La controversia sobre entrapamiento deberá ser vista por el tribunal en ausencia del jurado. 3. La defensa reconocida por esta sección no estará disponible cuando la amenaza de causar o el causar daño sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrapamiento». Puede consultarse, sobre el «entrapamiento», Jochem Stempel, *Der Lockspitzel im Amerikanischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Doctrine of Entrapment, Dissertation*, Bonn, 1958 (resumen en *Jahrbuch der Dissertationen*, VI, Bonn, 1958, págs. 53 y s.). Stempel hace referencia a que las presiones policiales son contrarias a las garantías que establecen las Enmiendas V y XIV de la Constitución U.S.A.; Honig, Richard, «Das amerikanische Strafrecht», en *Das ausländische Strafrecht de Gegenwart*, IV, Berlin, 1962, págs. 203 y ss.

⁵ Cfr., con respecto a Alemania, Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de la 4.ª ed. alemana de J. L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 627; Schönke-Schröder-Cramer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., München, 1988, págs. 392 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*. A.T., pág. 685, nota 19.

junio de 1975)⁶. A partir de entonces se mantiene una doctrina constante y reiterada –aunque con algunas, pero importantes, discrepancias– que toma como punto de referencia esas primitivas e innovadoras resoluciones.

Desde el primer momento para el Tribunal Supremo el delito provocado es el que surge por obra y a estímulos de un agente provocador. Tres notas son las que distinguen al delito provocado: *objetivamente* debe existir una provocación, esto es, el agente provocador es el que toma la iniciativa a consecuencia de la cual el provocado se decide a delinquir; desde el punto de vista *subjetivo*, el agente provocador tan sólo aspira a demostrar la intervención en el delito de la persona del provocado y así obtener pruebas convincentes; en tercer lugar, el agente provocador toma las *medidas precautorias* oportunas para evitar que el hecho realizado por provocado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito en cuestión⁷.

El Tribunal Supremo, con algunas vacilaciones, se inclinó ya inicialmente por la imposibilidad de castigar al sujeto provocado, fundamentándolo, unas veces, en la ausencia de voluntariedad o libre iniciativa y espontaneidad de la conducta (S.T.S. de 22 de junio de 1950 y 27 de junio de 1967, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975, parecer al que se vuelve recientemente, con nuevos argumentos, por la S.T.S. 2.431/1993, de 3 de noviembre) al actuar bajo la presión del agente provocador⁸; y otras, además, en que en el delito provocado «la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido» (S.T.S. de 20 de febrero de 1973).

Pero la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los primeros tanteos, se estaba encerrando en un círculo atormentado de difícil salida: si delito provocado era el que surgía como consecuencia de la intervención de un agente provocador, y, a su vez, todo delito provocado era con carácter general impune, debido a la falta de voluntariedad de la acción o a la imposibilidad de menoscabo del bien jurídico afectado, ¿cómo ofrecer una solución razonable en los casos en que un agente de policía propiciaba la última fase de un delito de tracto sucesivo (tráfico de drogas) con el único fin de sorprender a quienes ya venían dedicándose con anterioridad

⁶ Para conocer su desarrollo véase Ruiz Antón, «El delito provocado», 121 y ss.; Gabriel Garcías Planas, «Consideraciones en torno al agente provocador», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982, págs. 337 y ss.; Carlos García Valdés, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo del dinero procedente del delito», en *Política Criminal y Reforma Penal* (homenaje al prof. J. del Rosal), Madrid, 1993, págs. 555 y ss.; Ruiz Vadillo, «La figura del agente provocador», págs. 4909 y ss.

⁷ Véase más ampliamente la evolución de la doctrina del delito provocado, Ruiz Antón, «El delito provocado», págs. 123 y ss. Cfr. S.T.S. de 3 de julio de 1984, con indicaciones sobre la evolución en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁸ Este es también uno de los argumentos que se utiliza para excluir la responsabilidad del provocado tanto por la *doctrine of entrapment*, como por la bibliografía y jurisprudencia francesas (*contrainte morale*); cfr. Charles Bornet, «La provocation aux délits par des agents de l'autorité» en R.F.D.P., 1948, pág. 30.

a tales actividades delictivas? 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 había que excluir la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al sujeto incitado.

El continuo aumento del tráfico de drogas hizo que desde finales de los años sesenta la policía acudiese de forma creciente a la vieja técnica de los agentes secretos como medio para luchar con alguna efectividad contra esta clase de delincuencia. El problema estaba planteado en toda su crudeza: la eficacia represiva del procedimiento era notable, y debido a ello comenzaron a menudear recursos de casación en los que se planteaba el problema de las provocaciones policiales. ¿Era un delito provocado el que surgía como consecuencia de la operación de tráfico ficticia en la que un policía se presentaba como aparente comprador de droga? La muy escasa Jurisprudencia que hasta entonces había fue aprovechada por los recurrentes en casación para tratar de fundamentar la impunidad con base en el «delito provocado», porque, dicho está, ésa era la conclusión a la que había llegado el Tribunal Supremo en sus iniciales resoluciones.

Este fue el motivo por el que el Tribunal Supremo advirtió la necesidad de establecer una diferenciación entre el delito provocado (impune) y los casos de mera indagación policial. Al tiempo, y por una vía indirecta, la Jurisprudencia llegó a la conclusión de que era preciso señalar una distinción entre los medios lícitos y los ilícitos en la obtención de pruebas contra un tercero. Y es interesante comprobar que de tal modo, un problema político-criminal, la lucha contra el tráfico de drogas, iba a alinear a nuestra Jurisprudencia con el resto de las europeas⁹, al mantener, con argumentos propios e innovadores, un pensamiento que después se generalizaría, coincidente además, en líneas generales, con la *Doctrine of entrapment* USA. Pocas veces se asiste de forma tan manifiesta, y en no más allá de media docena de sentencias, a la creación de una línea jurisprudencial nueva y perdurable.

III. DISTINCIÓN ENTRE DELITO PROVOCADO E INTERVENCIÓN POLICIAL DIRIGIDA A DESCUBRIR UN DELITO

La primera sentencia, si no me equivoco, que abre brecha en esta dirección –y señala de forma premonitoria y resuelta las pautas del pensamiento que hoy domina en la Jurisprudencia– es la de 18 de abril de 1972 (A. 1.698) (Ponente: Casas y Ruiz del Arbol), al establecer que no hay que confundir el delito provocado, con el caso «bien distinto, en que el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, índice y con-

⁹ Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 627; Schönke-Schröder-Cramer, *StGB*, págs. 392 y ss., con alusiones a la jurisprudencia constitucional y penal germana; Jakobs, *Strafrecht*. A.T., pág. 685, nota 19.

traste de la temibilidad de los destinatarios de la incitación, sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota, positiva o negativa, de espontaneidad respecto del acto último, meramente revelador del delito, afecte a la realidad, cierta, del mismo». El supuesto que se sometía a enjuiciamiento era el habitual: una compraventa ficticia de droga con la intervención de un policía a modo de aparente comprador.

Lo destacable es comprobar que una de las grandes dudas que suscita el tema se aborda así: el *último acto*, es decir, la provocación policial de la operación de compraventa ¿no entra ya en la categoría de delito provocado impune? Las iniciales vacilaciones son disipadas por la propia resolución jurisprudencial al mantener que no hay delito provocado, sino un supuesto en que el hecho ya venía produciéndose con anterioridad, por lo que «la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía (...) a virtud de la disponibilidad de drogas previamente adquiridas con fines de ulterior reventa a quien las solicitase (...) en cuyo curso, la interferencia de los funcionarios de policía no fue inicial tentación criminógena, ya que la aparente operación por ellos propuesta no pasaba de intrascendente episodio sobrevenido, no determinante de la comisión, aunque sí de su descubrimiento» (S.T.S. de 18 de abril de 1972, ponente: Casas y Ruiz del Arbol).

Estas ideas fueron recogidas y matizadas por las tres sentencias que estimo más han contribuido a la consolidación de la teoría: la S.T.S. de 20 de febrero de 1973 (A. 786), la S.T.S. de 18 de abril de 1975 (A. 1.655) y la S.T.S. de 14 de junio de 1975 (A. 2.872) (Ponente de las tres: Díaz Palos). En la última de ellas se dice que hay que excluir del delito provocado «aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido (...) importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes (...) ante cuya realidad criminógena, la actividad policial, consciente de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes, aun los más externos y secundarios de la organización, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de nuestro tiempo; de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce la posibilidad y conveniencia de sancionar estas últimas conductas, aparte de que deberán castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado —a semejanza de lo que puede ocurrir con el inducido— era un *omnimodo facturatus*, es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente» (S.T.S. de 14 de junio de 1975).

La línea divisoria estaba marcada: en el delito provocado nos encontramos ante «actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación legal» (S.T.S. de 27 de junio de 1967) en la medida en que se incita a otro a cometer un delito que, de otro modo, no se habría realizado; por el contrario, en las intervenciones policiales con un agente encubierto, el hecho no pasa de ser un «intranscendente episodio sobrevenido, no determinante de la comisión del delito, aunque sí de su descubrimiento» (S.T.S. de 18 de abril de 1972).

También la Fiscalía General del Estado se orientó en idénticos criterios a la hora de abordar la cuestión¹⁰.

Incluso del tema se hizo eco la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al admitir la distinción (no pronunciándose sobre la constitucionalidad del procedimiento del agente provocador, como a veces se dice, cuestión en la que no se entró en absoluto) entre el delito provocado (impune) y los casos de intervención policial en que «no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos, matización especialmente aplicable a ciertos delitos de tracto sucesivo», siguiendo al pie de la letra la expuesta doctrina jurisprudencial, con cita expresa, de la S.T.S. de 14 de junio de 1975 (S.T.C. 11/1983, de 21 de febrero, ponente: Pera Verdaguer).

A partir de aquellas primeras e innovadoras resoluciones, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo la distinción: el delito provocado es obra de un agente provocador (S.T.S. de 4 de marzo de 1992; 15 de septiembre de 1993) que «origina de modo artificial una infracción penal que antes no existía» (S.T.S. de 2 de julio de 1993). El delito provocado «exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que inciten a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando así una voluntad criminal y las condiciones para la comisión de un delito que –amén de imposible consumación por la intervención ya prevista *ab initio* de la fuerza policial– de otro modo no se hubiera resuelto cometer, ni iniciada su ejecución, lo que debe conducir a la impunidad de tal conducta» (S.T.S. de 22 de diciembre de 1992).

En tales casos «falta la tipicidad y la culpabilidad, ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante» (S.T.S. 1.147/1993, de 22 de mayo; véase también S.T.S. 2.906/1993, de 22 de diciembre). O si se prefiere: el delito provocado «no merece sanción penal porque carece de realidad, al constituir una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento bajo control del funcionario que actuó de agente provocador» (S.T.S. de 4 de marzo de 1992).

¹⁰ Cfr. la *Consulta* núm. 1/1981, de la Fiscalía General del Estado, «La responsabilidad del agente provocador» (en *A.D.P.C.P.*, 1982, págs. 727 y ss.). Véase también la *Memoria* de 1991 de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas (en *C.P.C.*, 1993, págs. 373 y ss. (423)).

Por tanto, «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la prevista *ab initio* intervención policial» (S.T.S. 15 de septiembre de 1993).

Por el contrario, según la Jurisprudencia la intervención policial mediante la utilización de un agente secreto o encubierto (S.T.S. de 15 de noviembre de 1989; S.T.S. de 15 de septiembre de 1993) es cuestión bien distinta, porque «no se está en presencia de un caso en que los agentes traten de provocar el delito, es decir, de dar vida a una infracción penal (lo que sería ilícito), sino de descubrir el que ya se ha producido, que es correcto» (S.T.S. de 30 de marzo de 1990). Y si bien se «utiliza un procedimiento también engañoso fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquél que ya se había cometido con anterioridad» (S.T.S. de 4 de marzo de 1992; véase también S.T.S. de 2 de julio de 1993). Es más, la Jurisprudencia sostiene que en estos casos la intervención policial tan sólo viene a poner de manifiesto el delito ya consumado, no a originar uno nuevo (S.T.S. de 4 de marzo de 1992; 27 de noviembre de 1992).

En definitiva, y a modo de síntesis, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo el delito provocado surgiría como consecuencia de que el agente provocador induce a un tercero a realizar un delito que de otro modo no se habría llevado a cabo; por el contrario, en los casos de intervención de un agente de policía encubierto, la decisión de delinquir ya existiría previamente en el tercero, por lo que la actuación policial tan sólo persigue el descubrimiento del delito ya cometido previamente¹¹.

IV. EL DELITO PROVOCADO Y LA PROVOCACIÓN DE LA PRUEBA

A mi juicio, la cuestión no es tan evidente en todos los casos. Ciertamente que si el agente de policía se limita a realizar tareas de indagación criminal, con el fin de descubrir el delito ya consumado, ninguna duda plantea el procedimiento. Pero las cosas no suelen suceder así, ni son esos los supuestos habituales con los que se enfrentan los tribunales. El episodio más frecuente es el de la *provocación* de un acto de tráfico ilícito por parte de un policía que actúa como un genuino agente provocador y simula adquirir una determinada cantidad de droga. Porque agente provocador, con el significado que la expresión ha adquirido en el ámbito del Derecho penal, es también el miembro de los servicios policiales que se

¹¹ Acepta la diferenciación Luis Fernando Rey Huidobro, *El delito de tráfico de estupefacientes*, Barcelona, 1987, pág. 223.

presenta como aparente comprador de droga con el solo fin de sorprender y desenmascarar a una o varias persona y así obtener pruebas de cargo concluyentes contra ellos. Es el policía-agente provocador quien «provoca» ese concreto hecho, quien decide dónde y cómo se ha de ejecutar y quien propicia la ocasión. Dicho más crudamente: se tiende una trampa para provocar la comisión o el intento de comisión de un nuevo delito, aunque, a veces, con ello se pretenda probar hechos anteriores.

Ante tales supuestos la Jurisprudencia estima que no existe *delito provocado* pues «la actuación policial no originó el comportamiento delictivo..., sino que sólo sirvió para descubrir la infracción que ya había sido consumada antes por la posesión de la sustancia estupefaciente con ánimo de tráfico» (S.T.S. de 4 de marzo de 1992). Es decir, el Tribunal Supremo parte de la idea de que en estos casos se suele estar ante un delito de mera actividad y de tracto sucesivo (S.T.S. de 15 de septiembre de 1993) en donde la previa posesión preordenada al tráfico (art. 344 del Código penal) queda acreditada precisamente por el acto de «provocación» último del policía que se presenta como aparente comprador, ya que lo único que pone de manifiesto la intervención policial es que un sujeto (provocado) tiene en su poder droga y que está dispuesto a traficar con ella.

El análisis del problema requiere diferenciar claramente dos cuestiones: una cosa es el delito provocado y otra diferente la provocación de una prueba. Los dos aspectos están vinculados entre sí, pero cabe abordarlos desde perspectivas distintas, porque al delito provocado se puede dar respuesta desde el propio Derecho penal, en tanto que la provocación de una prueba se adentra en el ámbito de la licitud de los medios de prueba y el respeto a las garantías constitucionales. En el delito provocado el objeto de enjuiciamiento es el propio hecho suscitado por los servicios policiales. Por el contrario, en los casos de «prueba provocada» (cfr. S.T.S. de 21 de marzo de 1992 donde se utiliza la expresión) el objeto de valoración penal por el juez, según la Jurisprudencia, sería un delito previo, no teniendo la provocación policial del último episodio más transcendencia que servir de prueba con respecto a las anteriores actividades delictivas. Nos encontraríamos ante una prueba preconstituída y referida a hechos criminales previos.

Con respecto al delito provocado existe conformidad por parte de todos en que, desde una pura consideración jurídico-penal, el hecho no es susceptible de castigo, bien porque se trata de una pura ficción que no puede llegar a producir menoscabo alguno al bien jurídico aparentemente objeto de ataque, o porque falta la espontaneidad de la conducta del provocado o el dolo requerido. Desde una perspectiva procesal, además, el medio de prueba sería ilícito.

Más compleja es la cuestión en los casos en que la intervención policial tan sólo pretende probar anteriores actividades delictivas, si bien para ello se provoca el último episodio (en principio típico). Según la Jurisprudencia éste último hecho (previsto en la ley como delito) no sería el objeto directo de valoración por el juez, sino que sólo vendría a poner de manifiesto un delito ya consumado o que ya viene fluyendo con anterioridad (delitos de tracto sucesivo). Últimamente la Jurispru-

dencia califica a estos supuestos de *prueba provocada* (S.T.S. de 21 de marzo de 1992), mas no de delito provocado en cuanto que ese último episodio no es objeto de enjuiciamiento.

V. EL DELITO PROVOCADO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Pues bien, aquí es donde cabe plantearse si, no existiendo ninguna otra prueba de cargo, se respetan las garantías constitucionales relativas a las pruebas obtenidas lícitamente. En estos casos, incluso aunque se acepte la distinción entre los genuinos supuestos de delito provocado y mera provocación para descubrir un delito ya cometido o de tracto sucesivo, el problema sigue en pie: la prueba así obtenida, a partir del episodio provocado (generalmente previsto en la ley como delito) por los servicios policiales, plantea serios problemas sobre su licitud.

Por eso, las dudas que en otra ocasión expuse¹² siguen vigentes, porque, 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. Porque no hay que olvidar que el postrer acto de tráfico en ocasiones no sólo es el que *provoca la prueba* (única prueba de cargo), sino que es ese *mismo hecho objeto directo y único* de valoración jurídico-penal por parte del juez. Cuando tal suceda, en realidad estamos ante un genuino delito provocado, incluso aunque se muestre como el último episodio de una serie. 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.

Incluso en el delito de tenencia con el fin de traficar cabe preguntarse, en muchas ocasiones, si la intervención del agente de policía en realidad da o no lugar a un genuino delito provocado, pues puede suceder que el *hecho probado y objeto directo y único de enjuiciamiento* (el derivado del acto mismo de la provocación) no fundamente el desvalor que posibilita el castigo, al constituir —por utilizar las mismas palabras de la Jurisprudencia— «una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento bajo el control del funcionario que actuó de agente provocador» (S.T.S. de 4 de marzo de 1992), o, si se prefiere, faltaría también la libre autodeterminación del sujeto provocado.

De estos recelos también se han hecho eco tanto algunas sentencias del Tribunal Supremo, como otras muchas de tribunales diferentes¹³. Así, la S.T.S. de 20

¹² Cfr. Ruiz Antón, «La provocación policial», págs. 333-335.

¹³ Cfr., entre otras muchas, la Sentencia núm. 195 de 24 de abril de 1991, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: Del Rosal Blasco); Sentencia núm. 66/92, de 10 de febrero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: Beltrán Núñez).

de febrero de 1991 (ponente: García Miguel) resume de forma muy precisa las dudas que he suscitado, al enfrentarse con un supuesto habitual de tráfico provocado por el servicio policial. 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»; por ello, continúa, «no puede ponerse en duda que ésta surgió como consecuencia de la instigación policial por lo que estaríamos en el supuesto del delito provocado que siempre fue declarado impune, es decir, que lo que la actuación policial puso de manifiesto y quedó probado es un hecho concreto, cual es la referida operación de venta, impune por ser provocada, pero sin que en absoluto haya quedado probado que ésta constituía un eslabón de la cadena delictiva que ya había sido iniciada anteriormente, en cuanto que, como quedó dicho, no hay más que meros indicios o sospechas respecto a posibles actividades anteriores que ya se hubiesen traducido en concretos y consumados hechos delictivos que no habían sido promovidos sino descubiertos por la actividad policial» (S.T.S. de 20 de febrero de 1991)¹⁴.

De igual modo, en la S.T.S. de 3 de noviembre de 1993 se aborda un «verdadero delito provocado en cuanto que en todo el *iter criminis* interviene de forma decisiva y absolutamente necesaria el agente de policía, cuya misión no fue de forma alguna la de investigar la existencia de un delito ya iniciado o consumado en su totalidad, sino la de descubrir unas actividades delictivas y a sus autores que aún no se habían iniciado de forma concreta». El supuesto era el acostumbrado: «En el caso sometido a enjuiciamiento, y dados los hechos que se declaran probados a los que obligatoriamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, se infiere claramente que el delito de tráfico de drogas surgió desde el principio y llegó a consumarse por obra directa y necesaria de la actuación policial en su conjunto y, en concreto, por uno de sus miembros, quien fue, por orden superior, el que se puso en contacto primero con los presentes traficantes y después logró negociar la venta de la droga a su favor, especificando su cuantía y el precio a pagar...». Incluso esta Sentencia rechaza que pueda hablarse de posesión directa o indirecta destinada al tráfico, pues «el delito sólo se produjo a través de una provocación externa a los traficantes, cuya voluntad o dolo se vió afectada de manera viciada» (S.T.S. de 3 de noviembre de 1993, ponente: García Ancos).

En las dos sentencias que acabo de citar, en definitiva, aunque la provocación policial pretendiera poner de manifiesto anteriores actividades delictivas, finalmente fue el último episodio objeto directo y único de valoración penal por el

¹⁴ Véase también la S.T.S. de 8 de julio de 1980, en la que se casa la resolución condenatoria recaída, y es una de las primeras en sostener que no hay «ningún dato que revele o haga presumible la comisión del delito contra la salud pública al fundamentar la sentencia recurrida el tráfico de la droga sobre una operación ficticia con lo que faltan las condiciones básicas de tipicidad para incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado».

Tribunal de instancia, por lo que, con buenas razones, el Tribunal Supremo considera que estamos ante un genuino delito provocado.

Cuestión distinta es, dicho está, el caso en que el último episodio provocado por la policía no es objeto directo de valoración penal por el juez, sino la prueba que se aporta para poner de manifiesto anteriores actividades delictivas. De «prueba provocada, válida..., y aun encomiable» se habla en la S.T.S. de 21 de marzo de 1992 y de «provocar la prueba de un delito ya cometido» en la S.T.S. 2.906/1993, de 22 de diciembre.

En esto casos, ¿ceden los principios inspiradores del Estado de Derecho cuando se acude a los métodos del agente provocador para aportar las pruebas de cargo?

La cuestión la planteé hace doce años¹⁵ y entonces, aún incipiente la teoría del delito provocado, pues apenas si una docena de sentencias abordaban la cuestión, escribía: «Quizá la mejor manera de atajar estas prácticas inquisitoriales sea haciendo una invocación a los jueces para que rechacen todo medio de prueba en el que haya intervenido un agente provocador».

Me parecía entonces, y me sigue pareciendo, que el empleo de agentes provocadores para luchar contra el delito puede llegar a infringir tanto lo dispuesto en el artículo 9.1 y 3 de la Constitución donde se garantiza, entre otros principios, el de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como el artículo 10.1 del propio texto constitucional, que considera como derecho fundamental la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad¹⁶. Porque lo que está claro es que el agente provocador (a veces actuando con la autorización expresa de la Fiscalía Antidroga) decide por su cuenta y arbitrariamente *qué persona, dónde, cómo y cuándo*, ha de ser *objeto* de la provocación que servirá para aportar pruebas de cargo en las que se fundamente la convicción del juez o tribunal. Ni el respeto a la dignidad de la persona, ni la libre y espontánea autodeterminación quedan bien paradas. 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 24.2 de la Constitución) requiere también juego limpio en la obtención de las pruebas de cargo¹⁷.

¹⁵ Ruiz Antón, «El delito provocado», pág. 143.

¹⁶ Cfr. Ruiz Vadillo, «La figura del agente provocador», págs. 4913 y 4921 y siguiente, mostrándose crítico a que la policía se sirva de los métodos del agente provocador, lo que puede dar lugar a una prueba prohibida. En igual sentido, Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 4.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 447, para el caso en que la única prueba provenga de un agente provocador. Según Rey Huidobro, *El delito de tráfico de estupefacientes*, pág. 222, los recelos pueden mantenerse sólo con respecto a los casos de agente provocador en que instiga a la comisión de un primer delito, no en los supuestos en que actúa con el fin de «descubrir un delito permanente o habitual persistente en el momento de su intervención».

¹⁷ Cfr. las ponderadas razones de la Sentencia núm. 195 de 24 de abril de 1991, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: Del Rosal Blasco) y las de la Sentencia

Por otra parte, como con razón señala la Sentencia nº 66/92, de 10 de febrero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: Beltrán Núñez), admitir la licitud de la provocación al delito, al amparo de que el sospechoso lo habría cometido en todo caso, puede significar en ocasiones, además, un intolerable desplazamiento del principio de «culpabilidad por el hecho» por el de «culpabilidad por el carácter» o por la «conducción de la vida»¹⁸.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo también es sensible a estas ideas (cfr. entre otras, S.T.S. 20 de febrero de 1991), si bien, la mayoría de las veces, se inclina por estimar que la posible vulneración de los artículos 9.3 y 10.1 de la Constitución sólo se daría en los genuinos casos de «delito provocado» (cfr. S.T.S. de 10 de julio de 1992; 15 de septiembre de 1993; 3 de noviembre de 1993), mas no cuando la intervención policial sirve para descubrir un delito ya cometido o sorprender a los provocados durante su ejecución (cfr. S.T.S. de 17 de noviembre de 1992; S.T.S. 1.153/1993, de 18 de mayo)¹⁹.

Tal vez sea ése el motivo por el que desde la propia Jurisprudencia se recomienda la regulación legal de la figura: «Sin duda su intervención es una injerencia en la vida privada del sospechoso, y debieran estar prevista en la Ley las condiciones de su ejercicio, reservándola a las infracciones penales especialmente graves y restringida, por supuesto, a los individuos o agentes de los Cuerpos de Seguridad del Estado» (S.T.S. de 3 de noviembre de 1993, ponente: Moyna Ménguez).

No está nada claro que una regulación legal justificase, o «legitimase» (para que todos me entiendan), los procedimientos del agente provocador²⁰. La tensión entre eficacia represiva y respeto a los principios inspiradores del Estado de Derecho no autoriza a servirse de los métodos que finalmente implican la provocación de un último suceso previsto formalmente en la ley como delito, aunque no sea luego objeto de enjuiciamiento, sino medio de prueba. Si realmente el servicio policial se limitase a realizar tareas de indagación criminal (incluso sirviéndose de infiltrados, pero no provocadores), y si lo que se pretende es poner al descubierto delitos ya consumados, no sería necesario «provocar» un *nuevo* episodio, que, además, es el que se suele aportar como *prueba* (única prueba de cargo) para destruir la presunción de inocencia.

No lo entienden así numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que descartan la ilicitud de la prueba, al estimar que «la actuación policial, si bien utiliza un procedimiento engañoso fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquel que ya se había

núm. 66/92, de 10 de febrero, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: Beltrán Núñez) con referencia además al principio de igualdad de armas (art. 14 en relación con el art. 24.2 de la Constitución) y a la posibilidad de que los medios de ataque y defensa sean iguales.

¹⁸ Cfr., sobre estos conceptos, Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed. Valencia, 1990, págs. 407/408

¹⁹ Cfr. Ruiz Vadillo, «La figura del agente provocador», págs. 4913 y s.

²⁰ No se muestra tampoco partidario de una regulación expresa en el Código penal, García Valdés, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas», pág. 568.

cometido con anterioridad, en cuyo caso ha de entenderse que el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (art. 126) y la Ley (art. 282 de la L.E.Crim. y art. 11 g) de la L.O.F.C.S.) le impone en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente...» Y matiza más adelante la propia Sentencia que «en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito. Así pues, la prueba obtenida de este modo es válida para que, llevada a juicio oral, pueda ser valorada por el Tribunal o Juzgado como prueba de cargo apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia» (S.T.S. de 2 de julio de 1993, ponente: Delgado García; véase también la S.T.S. de 20 de abril de 1994)²¹.

Los argumentos no son convincentes para muchos de los casos, y, por ello, cabe plantearse si no estamos ante una prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, entre los que se encuentran el de la dignidad de la persona y su libre y espontánea autodeterminación, o sin respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) (cfr. S.T.S. de 4 de marzo de 1992; S.T.S. de 15 de septiembre de 1993, donde se suscita la cuestión).

Insisto en la necesidad de diferenciar: si el propio episodio objeto de la provocación policial es objeto directo de enjuiciamiento, no existiendo sobre las anteriores actividades delictivas más indicios que los anteriores a la provocación, en rigor estamos ante un delito provocado, porque es en ese hecho, y no los anteriores, en el que se fundamentaría la pena.

Y si con ese último episodio lo único que se pretende es aportar una prueba que lleve al Tribunal a la convicción de la existencia de anteriores actividades delictivas, el recurso empleado para *provocar la prueba* debe ser objeto de especial atención sobre su licitud, pues, en definitiva, el medio probatorio implica la incitación a realizar un hecho previsto formalmente en la ley como delito. Por otro lado, para desvirtuar la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) no es válido llevar al juicio oral cualquier prueba, porque no todo vale en la lucha contra el delito, ni la verdad puede obtenerse a cualquier precio, como ha recordado oportunamente Ruiz Vadillo²², sino sólo las obtenidas lícitamente. Sabido es que el derecho a un juicio con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) supone que las pruebas aportadas se hayan obtenido con pleno respeto de la legalidad.

Además, misión de la policía judicial es, aparte de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 104.1 de la Constitución), la averiguación del

²¹ Véase también Rey Huidobro, *El delito de tráfico de estupefacientes*, pág. 225, quien considera que, en ocasiones, la actuación del agente provocador está amparada por una causa de justificación.

²² Cfr. Ruiz Vadillo, «La figura del agente provocador», pág. 4911. Véase también Auto de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), con razones muy poderosas al mantener que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio y señalar los requisitos imprescindibles en la obtención de las pruebas.

delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca (art. 126 de la Constitución); y por su parte, tanto el artículo 445 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encomiendan a la policía judicial la *averiguación del delito ya cometido*, no la provocación de un último episodio, que, finalmente, aunque sólo se aporte como medio de prueba de hechos anteriores, está previsto cuando menos formalmente en la ley como delito²³.

La eficacia policial nunca puede superar los límites impuestos en el Estado de Derecho para la obtención de pruebas de cargo. ¿Están autorizados los medios de control formal del delito para provocar una prueba y luego presentarse como principales testigos del suceso? ¿No aparece ya *contaminada* tal prueba? ¿Cabe predicar la *caducidad de la pretensión* de persecución por parte del Estado cuando se acude por la policía a los métodos del agente provocador, incluso aunque sólo se pretenda aportar una prueba?²⁴

No tranquiliza nada, sino inquieta mucho, el argumento de que el procedimiento tan sólo es válido ante sospechosos de determinadas formas de delincuencia o como medio para descubrir delitos de tracto sucesivo o incluso delitos ya consumados. ¿Por qué sólo en los delitos de tráfico ilícito de drogas y no también con el resto? En un Estado de Derecho no se puede estar fomentando la permanente sospecha de que todo individuo es susceptible de cometer un delito, y que, para desmentirlo o acreditarlo, nada mejor que la intervención de un agente provocador. No se olvide que tiene un campo de acción muy amplio, y si ha sido fundamentalmente en el ámbito del tráfico ilícito de drogas donde ha surgido en España la teoría del delito provocado, centrarlo en esa manifestación de la delincuencia es simplificar en exceso el problema en su conjunto. Con la técnica del agente provocador legalizada el *delito de diseño* habrá hecho su aparición.

²³ Véase también la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, art. 5.1 y 2, que exige la evitación de cualquier práctica que entrañe violencia física o *moral*, y el art. 11.1 g), donde, tras declarar que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen como misión «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades», establece que entre sus funciones está la de «investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables». Cfr. además, R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, art. 1.

²⁴ En la bibliografía comparada (cfr. las distintas opiniones, en Jakobs, *Strafrecht*. A.T., pág. 685, nota 19) se considera que el tratamiento de la persona que es objeto de una provocación policial puede abordarse desde diferentes puntos de vista: para algunos la intervención del agente encubierto representa un obstáculo procesal, para otros la provocación produce el efecto de operar como causa personal de exclusión de la pena, o como un impedimento de la pena por existir una «víctima especial», o, con carácter general, la provocación se valora como una prueba prohibida.