

El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

I. INTRODUCCION

La intervención de un agente provocador en un hecho delictivo ha merecido por parte de la ciencia penal una atención especial y un tratamiento autónomo al estimarse que su conducta se aparta del modelo convencional de delincuencia. La orientación metodológica que se sigue generalmente para enjuiciar su comportamiento consiste en poner en conexión la actividad llevada a cabo con las diferentes categorías y formas de conducta criminal previstas como punibles. Y no podía ser de otro modo, si nos atenemos a las exigencias del dogma que se consagra en el principio de legalidad. Máxime si como sucede en nuestro ordenamiento, el agente provocador no es una categoría jurídico positiva, sino empírica, y por eso la determinación de su posible responsabilidad criminal sólo puede deducirse confrontando la acción desarrollada con las correspondientes formas de autoría o de participación reguladas en el Código penal. La cuestión central está en establecer si su actuación fundamenta el tipo de injusto que posibilita la imposición de la pena. Pero no es ésta la única vía de entrada que suscita la presencia de un agente provocador. Conceptualmente su figura precisa de la persona del provocado, ya que éste es el destinatario de la propia acción provocadora. De ahí que al estudiar el problema jurídico penal que plantea el binomio agente provocador-sujeto provocado, sea factible centrar la atención con preferencia en el segundo. Precisamente en ciertas áreas del Derecho influido por el pensamiento anglosajón, y de modo muy específico en los Estados Unidos de América, la *doctrine of entrapment* se ocupa de determinar en qué circunstancias y bajo qué aspectos el provocado debe quedar exento de una condena al haber actuado a instancias y sometido a la presión de un individuo que ostenta la condición de miembro de las fuerzas de orden públi-

(*) Estas páginas han sido redactadas en homenaje a la memoria de don José Antón Oneca.

co (1). Dicha doctrina se plantea la contradicción a que da lugar la actuación de un policía que acude a los métodos del agente provocador, ya que si por un lado el resultado es la comisión de un hecho delictivo por un tercero, lo que determina la puesta en marcha del aparato represivo, por otro supone un grave atentado contra la libre determinación personal. Bajo esta óptica, la jurisprudencia USA solamente considera lícita la intervención del agente provocador, proporcionando una ocasión para delinquir—indica Stempel—cuando existe constancia de que el sujeto provocado ya estaba de antemano resuelto a llevar a cabo el delito; si se sobrepasa ese límite, y la provocación policial hace nacer la decisión criminal, que de no mediar no se habría traducido en el hecho delictivo, cabe la posibilidad de que la persona incitada plantee la ilegalidad de la actuación y obtenga una absolucón (2). El fundamento de esta doctrina se halla tanto en consideraciones de estricta dogmática jurídico-penal como en valoraciones de orden político. Ciertamente que desde el punto de vista penal el provocado actúa como consecuencia de la previa intervención del agente provocador, y en este sentido se considera que la resolución de su voluntad no es por completo espontánea (3). Pero no es éste el punto esencial: la atención se pone además en que constitucionalmente no está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes (4). Y tal sucedería cuando se incita a otro a cometer un delito que de otro modo no se habría llevado a cabo.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha acudido a una orientación metodológica que se sitúa entre uno y otro planteamiento al tomar como centro de la investigación no ya la actividad del agente provocador o la del provocado, sino el propio hecho resultante de la actuación de ambos: el *delito provocado*. Supone tal premisa metódica, en cierta manera, una inversión sistemática del tratamiento que tradicionalmente se ha concedido al problema del agente provocador. Por eso coincide esta orientación con la *doctrine of entrapment* en que no se plantea de forma directa ni exclusiva la factible responsabilidad penal del agente provocador, sino preferentemente la del provocado. Y de igual modo, en el fondo de toda la cuestión late la continua tensión existente

(1) Cfr. Richard HONIG, *Das amerikanische Strafrecht*, en "Das ausländisches Strafrecht der Gegenwart", (edición dirigida por E. Mezger, A. Schönke, H. H. Jescheck), IV, Berlín, 1962, 203 ss.; KLAUS LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en "Festschrift für Karl Peters", Tübingen, 1974, 355 s.; Jochem STEMPEL, *(Der Lockspitzel im amerikanischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der 'Doctrine of Entrapment'*, Boner Dissertation, Bonn, 1958), en "Jahrbuch der Disserationen", VI, Bonn, 1958, 53 s. Según Stempel la *doctrine of entrapment* apenas si ha encontrado resonancia alguna en los países de la *Common Law*. Desde luego la influencia parece ser nula en Inglaterra y escasa en Unión Sudafricana (54).

(2) STEMPEL (*Der Lockspitzel*), 54.

(3) Cfr. HONIG, *Das amerikanische Strafrecht*, 203, s.

(4) Cfr. STEMPEL (*Der Lockspitzel*), 54, quien cita las Enmiendas quinta (1791) y decimocuarta (1868), de la Constitución USA, como base de la argumentación.

entre las más eficaces técnicas represivas y los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Las páginas que siguen tienen puesta la mira en perfilar los orígenes y el posterior desarrollo de dicha dirección jurisprudencial, y en localizar las coordenadas metodológicas y sistemáticas en que se asienta. Debo advertir ya ahora que el conjunto de cuestiones que se analizan no se abordan de acuerdo con las pautas convencionales seguidas para dar solución al problema del agente provocador. De ello me he ocupado en otro lugar. El estudio se va a centrar en la actuación del sujeto que recibe la provocación delictiva, y en el propio hecho resultante de su intervención. Por eso el delito provocado es, en cierto modo, el reverso del problema del agente provocador. El tema ha adquirido en los últimos tiempos un especial relieve debido a la frecuencia con que se acude en los medios policiales a provocar la comisión de un delito, de forma más o menos directa, como expediente para conseguir fehacientes pruebas de convicción contra un sujeto. El aumento continuo del tráfico ilícito de drogas, sobre todo, pero también de divisas o de obras de arte, y las extraordinarias dificultades que ofrece su represión, ha puesto en evidencia la escasa eficacia de las modernas técnicas criminalísticas contra este tipo de delincuencia. Una manera cierta de conocer su alcance es involucrarse en la propia trama criminal y *provocar*, si llegara el caso, la comisión de un delito. Si tales actividades incitadoras de un comportamiento delictivo ajeno, que de otro modo no habría tenido lugar, y realizadas con el solo fin de obtener el castigo de sus autores entran o no en el marco de lo que el Tribunal Supremo denomina delito provocado, es una cuestión que será objeto de estudio.

II. LOS ORIGENES DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DELITO PROVOCADO

La construcción jurisprudencial sobre el delito provocado se encuentra en una fase de incipiente formación. Las escasas decisiones que hasta ahora hacen referencia al tema no son más que tímidos tanteos de lo que pueden llegar a ser las bases de una doctrina con pretensiones generalizadoras. Sólo de forma muy indecisa se advierte la intención de reiterar una misma fundamentación dogmática para los casos de estructura semejante. También aquí, al igual que sucedió en esa otra construcción jurisprudencial, el delito continuado, el problema hunde sus raíces en la propia realidad criminal. Es la respuesta a una situación concreta y un intento de dar una solución homogénea a determinados casos en que el hecho enjuiciado surge a instancias de un agente provocador, con el especial valor significativo que se concede al término en el ámbito del Derecho penal.

La teoría seguramente que arranca, si no me equivoco, de la sentencia de 22 de junio de 1950, al utilizarse en ella la expresión *delito provocado* con el significado que me ocupa ahora. Es cierto que ya

antes, y en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo se había enfrentado con supuestos de estructura idéntica a los que después calificaría de ese modo (5). En sucesivas decisiones jurisprudenciales—15 de junio de 1956, 3 de febrero de 1964 y 16 de noviembre de 1979 (6)—, y por vía negativa, pues se rechaza que el hecho planteado fuese constitutivo de un delito provocado, se va perfilando su contenido sustancial (7). En este sentido, es decisiva la de 27 de junio de 1967 al marcar la pauta de su configuración más acabada y señalar las líneas maestras del delito provocado. Por último, la sentencia de 18 de abril de 1972 abre una nueva vía interpretativa, seguida por las de 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975—pero desechada por la de 8 de julio de 1980—al introducir una sutil diferenciación entre el delito provocado y la provocación policial, determinante de un hecho delictivo ajeno, realizada con el único fin de poner de manifiesto situaciones o actividades criminales ya existentes, pero hasta entonces ocultas.

(5) Véase, por ejemplo, la Sentencia de 7 de mayo de 1949, en la que se relata el supuesto de un sujeto, ordenanza del organismo competente, que siguiendo instrucciones de la policía, y con el fin de descubrir sospechadas actividades delictivas, entra en contacto con los procesados y se presta a entregarles una guía de circulación en blanco, para mercancías intervenidas, que después es completada con los datos oportunos. El Tribunal de Instancia apreció un delito imposible de falsedad en documento oficial. Contra este fallo la defensa mantiene en casación la infracción del artículo primero, párrafo primero, del Código penal y fundamenta la tesis en argumentos muy próximos a los que se iban a utilizar más tarde para configurar el delito provocado. Así, se dice, que "hay que entender que el delito calificado fue una ficción (...) no debiendo ser calificado de delito imposible (...) porque esta última figura delictiva exige que (...) se produzca en forma libre y deliberada, y con toda la realidad que es preciso aparezca, para tener los hechos por sancionables". El Tribunal Supremo no acogió este planteamiento al entender que aun haciendo a los procesados la máxima concesión de suponer que sus acciones no fueron libremente realizadas a partir de la intervención del ordenanza, que de acuerdo con sus jefes y la policía finge aceptar la propuesta que se le hace de entregar la guía de circulación en blanco, "siempre resultará que las actuaciones dolosas anteriores a tal fingimiento (...) fueron por ellos voluntaria y deliberadamente queridas y realizadas, y las necesarias para constituir el delito calificado, que quedó imposible en su producción..."

(6) Adviértase que en la Sentencia de 16 de noviembre de 1979 no se habla, creo que con buen criterio, de delito provocado, sino de *provocación delictiva*. En el cambio de nomenclatura hay algo más que una variación de estilo.

(7) Otros supuestos de agente provocador, pero en los que no se plantea la cuestión del delito provocado, pueden verse en las Sentencias de 8 de mayo de 1953 (un sujeto finge tener influencia para levantar una sanción administrativa y pide al interesado a cambio una cantidad de dinero, que le es entregada en billetes marcados por la policía); 13 de noviembre de 1953 (compra de morfina por un policía).

III. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES: CARACTERÍSTICAS

Acabo de decir que el delito provocado es concebido por el Tribunal Supremo como el resultando de la actividad de dos individuos: un agente provocador y un sujeto provocado. Es indiferente la condición personal que ostente tanto uno como otro. No solamente puede asumir el papel de agente provocador el miembro de la policía que trata de cerciorarse de las sopechadas proclividades criminales de un sujeto, sino cualquier otra persona. Y lo mismo hay que decir con respecto al provocado: no existe limitación personal alguna. Así se manifestaron las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, al hacer alusión a los hechos «causados por *agente provocador* de los mismos, sea este agente un particular—sentencia de 22 de junio de 1950—, sea la propia autoridad policial—sentencia de 27 de junio de 1967—». De igual modo, tampoco se debe circunscribir el delito provocado a determinadas infracciones criminales, sino que, en principio, cualquier hecho delictivo se presta a ser objeto de una provocación (delitos contra la propiedad, contra la fe pública, contra la salud colectiva).

A) *Elemento objetivo.*

Establecida la identidad indiferenciada del agente provocador y del provocado, el Tribunal Supremo deduce de la intervención de ambos determinadas características comunes a todo delito provocado. Requiere, en primer lugar, que el hecho no haya surgido de la iniciativa propia del provocado, sino como consecuencia de una incitación ajena previamente calculada para obtener la respuesta apetecida. La sentencia de 22 de junio de 1950 estima que es condición necesaria «que se estimule e induzca a la comisión de un acto punible»; idea en la que insiste la de 27 de junio de 1967, al advertir que el delito provocado «requiere para su existencia, la inducción suficiente para mover la voluntad» de una persona «a fin de que efectúe una actividad». Precisamente por ello la de 15 de junio de 1956 niega que el supuesto de estafa planteado fuese un delito provocado «porque la iniciativa criminal parte del recurrente que se ofrece a entregar una vivienda, utiliza el medio engañoso de aparentar influencia y pide una cantidad que se le entrega y él recibe con ánimo de lucro, aunque se le recoge seguidamente, en todo lo que no hay provocación ajena, sino iniciativa y actuación propias» (8).

En síntesis, el elemento objetivo del delito provocado se sustancia en la presencia de una incitación dirigida a que un tercero realice un delito, incitación que de no haber mediado no habría dado lugar a su verificación. Dicho escuetamente: el delito provocado es el que surge

(8) Cfr. también la de 16 de noviembre de 1979, en la que se contempla un caso de cohecho pasivo, aunque aquí la motivación debe ser otra dada la especial configuración del delito de cohecho pasivo y su autonomía frente al activo. De ello me ocupo más adelante.

«por obra y a estímulos de provocación» (sentencia de 18 de abril de 1972).

La voz *provocación* es utilizada por el Tribunal Supremo con el particular valor semántico que adquiere dicha palabra en el contexto específico del problema del agente provocador. En primer lugar, sirve para denotar el ejercicio de una conducta promotora de un comportamiento ajeno, ya aparezca aquélla como un acto de aparente participación o incluso de autoría: el agente provocador unas veces se mostrará como un supuesto inductor, o un cooperador necesario o un cómplice, o como un coautor, etc. Pero al mismo tiempo, la voz provocación es empleada para asociar un segundo significado: la incitación practicada sirve de mero recurso para lograr la reacción en el sentido deseado. Precisamente, este segundo aspecto está en íntima relación con el elemento subjetivo que debe animar la conducta provocadora.

B) *Elemento subjetivo.*

En todo acto humano existen distintos momentos psicológicos que aun cuando actúan conjuntamente son susceptibles de ser diferenciados conceptualmente. En la determinación de las características del delito provocado se pueden apreciar dos aspectos subjetivos destacados de forma general por las distintas sentencias del Tribunal Supremo: los móviles por obra de los cuales actúa el provocador y el objetivo que de forma inmediata persigue con la propia acción provocadora. La psicología enseña que los móviles operan a modo de causa psíquica del acto humano y están dotados de un componente afectivo; por el contrario, el fin o el objetivo inmediato perseguido con el propio acto tiene siempre una naturaleza consciente y se traduce en la representación de un determinado resultado (9). Bajo esta óptica, el agente provocador actúa movido, en unas ocasiones, «para poner a prueba la moralidad de un empleado, de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia» (sentencia de 22 de junio de 1950); en otras, a fin de «conocer la propensión para hechos criminales de una persona, y a comprobar su capacidad de realización, que convenza psicológicamente de que está efectuando actos delictivos de forma oculta o desconocida, para quien desea perseguirlos», o simplemente, con la intención de «determinar la posible existencia de un hábito criminal en vía comprobativa» (sentencia de 27 de junio de 1967). Frente a los móviles, distintos de un sujeto a otro, el objetivo que de forma inmediata y directa se ambiciona mediante la trama provocadora es siempre el mismo: formular denuncia criminal contra el provocado (22 de junio de 1950, 3 de febrero de 1964, al indicar, «con la fina-

(9) Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, 681; José Luis Díez RIPOLLÉS, *La atenuante de actuar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, en *ADPCP*, 1979, 94 ss.; Alice YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit*, "Etude de criminologie et de droit pénal", París, 1973, 23 ss. y 103 ss.; Alessandro MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 20 ss., 35 y 67.

lidad de denunciarlo»). De lo expuesto se deduce que los móviles pueden ser varios, en tanto que el objetivo es siempre el mismo y susceptible de ser individualizado apriorísticamente: obtener el castigo del inculpa-do, y para ello se *provoca* la comisión de un hecho delictivo como medio certero de conseguir la reacción calculada de antemano.

Mas no es suficiente para poner de relieve la particular estructura del delito provocado la comprobación del elemento objetivo y del momento subjetivo. Si así fuera, no se ve que el Tribunal Supremo tenga argumentos suficientes para destacar con una nomenclatura propia un hecho caracterizado por la presencia de un móvil y objetivo particulares, pero de carácter extratípico, y en principio sin trascendencia jurídica penal. A ellos hay que añadir un tercer requisito.

C) *Imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado por la norma.*

La última característica exigida por el Tribunal Supremo es que el delito no pueda alcanzar el objetivo desaprobado: «en el delito provocado hay absoluta falta de daño y peligro» —dice la sentencia de 22 de junio de 1950—, y ello porque «previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado». O como manifiesta la de 27 de junio de 1967, al indicar que «el delito provocado (...) no puede llegar a un 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». Este es el motivo por el que de forma más genérica la sentencia de 18 de abril de 1972, al hacer una exégesis de lo que deba ser el delito provocado, frente al supuesto que se enjuicia, reconoce que aquél es concebido así por los propios provocadores «sin verdadero propósito de perpetración»; y tal conclusión se obtiene, por vía de regreso, pues tendrían «previamente tomadas las necesarias medidas para yugularlo oportunamente, sin dejarlo llegar a término y sazón». Finalmente, con terminología más técnica, la sentencia de 20 de febrero de 1973, seguida por la de 14 de junio de 1975, manifiesta 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».

De acuerdo con las líneas transcritas, para calificar como de provocado un delito no será bastante la mera constancia de una voluntad interna contraria a que sufra un menoscabo el bien jurídico afectado: es preciso que tenga una manifestación externa. Así entendido, ¿qué fundamentación dogmática deben recibir estos supuestos?

IV. FUNDAMENTACION DOGMATICA

El tratamiento jurídico penal que ha merecido el delito provocado por parte del Tribunal Supremo, giró, en una primera etapa, en torno a dos ideas, y se quiso hacer un efecto de la otra: en el delito provocado

todo es fruto de una trama tendenciosa, lo que da lugar a una situación ficticia (10), y por ello la persona del provocado no actúa libre y espontáneamente. Con posterioridad, a medida que se iba consolidando la doctrina, no se centra tanto la atención en el aspecto volitivo de la conducta del provocado como en el propio hecho, el cual estaría dotado de una estructura anómala.

La primera sentencia que plantea el tema —22 de junio de 1950— comienza diciendo que «la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley ha de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo, mas de ningún modo, con carácter general, del perjudicado»; por este motivo, y aquí tiene entrada el segundo argumento, cuando dicho perjudicado «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 falta contra la propiedad de que se trate tiene la condición de provocado e imposible porque previamente se han tomado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado». Y más adelante insiste en la idea de que se está ante «un hurto provocado, inexistencia realmente de sujeto pasivo, pues él mismo fue el inductor, valiéndose del concurso de otra persona, que se prestó al fingimiento, y de consecuencias imposibles, con absoluta falta de daño y de peligro» (11).

De los párrafos transcritos se deduce que el Tribunal Supremo parte de que si el hecho no ha surgido de la libre iniciativa del autor, falta el presupuesto requerido por el párrafo primero del artículo primero del Código penal. El término *voluntarias*, referido a las acciones, y omisiones se interpreta, de acuerdo con una de las versiones propuestas como conducta libre, espontánea, no coaccionada. Tal requisito faltaría en el provocado que obra como consecuencia de la previa incitación, a fin de ponerlo en manos de la justicia. Este ha sido también el argumento utilizado por la *doctrine of entrapment*, así como por algunas decisiones de la jurisprudencia francesa al entender que se daban los presu-

(10) Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El iter criminis y la tentativa*, en "La ley y el delito. Principios de Derecho penal", 4.^a ed., México, Buenos Aires, 1963, 469 s., donde también se tilda de situación ficticia ciertos de los casos en que interviene un agente provocador. De igual modo, utiliza la expresión *delito provocado* para estos supuestos.

(11) Cfr. la Sentencia de 3 de febrero de 1964; se alude, en hipótesis —para resaltar las diferencias con el caso planteado— al supuesto en que "una mujer penetra donde se encuentra un hombre solo, excitándolo con movimientos o actitudes lascivas para mostrarse víctima de un atropello"; en tales casos, se afirma en la sentencia, "más que delito provocado hay delito atípico o imposible, toda vez que la persona inculpada actúa sobre situaciones ficticias creadas con el propósito de perjudicarla, no existiendo (...) ataque a la honestidad de quien se mostró deshonesto para excitar a quien se encontraba extraño a tal situación". Con acierto, tanto en la sentencia del texto como en ésta, para nada se apela a la posible existencia del consentimiento del ofendido, sino que se centra la atención en la propia estructura del hecho y en falta de viabilidad para que se produzca el desvalor jurídicopenalmente desaprobado.

puestos del constreñimiento o coacción moral—la *contrainte moral*— con el resultado de la plena irresponsabilidad penal del provocado (12).

Pero al lado de este primer argumento, se utiliza otro que aparece como causa del anteriormente examinado: la trama artificiosa que rodea a todo el hecho, al no ser posible que se llegue al resultado jurídicamente desaprobado, porque se han tomado las medidas de prevención oportunas. Este es el motivo por el que se quiso emparejar, en cierto modo, el delito provocado con el delito imposible del artículo 52, párrafo segundo, del Código penal, ya que ni en uno ni en otro tiene lugar dicho resultado. Sin embargo, la aparente semejanza iba a ser denunciada por Luzón Domingo, quien advirtió de la necesidad de distinguir «el delito imposible propiamente dicho, del delito imposible provocado, o simplemente delito provocado»; de este último dice que en él «no existe propiamente ni un ataque formal al ordenamiento jurídico, sino tan sólo una ilusión de ataque», ya que «no se trata de una espontánea resolución de delinquir» al haber sido el sujeto «víctima de una maquinación insidiosa en que se le ha envuelto» (13). De estas premisas, Luzón Domingo deduce la consecuencia de que «a efectos jurídico-penales, la conducta del individuo que intenta el delito provocado es absolutamente irrelevante, porque aunque en ella pueda descubrirse un principio de ilicitud moral, ni el orden jurídico se puede confundir con el orden moral, ni la voluntad que exteriorizó el sujeto era voluntad de auténtica conducta delictiva, sino de una conducta ilusoriamente delictiva, porque ni aun con un cambio de medios, ni sustituyendo el objeto, etc., su conducta podía ser constitutiva de delito» (14).

Las ideas de Luzón Domingo fueron recogidas literalmente por la sentencia de 27 de junio de 1967, y ya se advierte en ella la dinámica que se iba a operar en sucesivas decisiones. Comienza con la afirmación de que «para incriminar toda conducta humana en el ámbito penal, se exige que las acciones u omisiones sean voluntarias, como producto de una manifestación subjetiva libre, en su creación intelectual y en su realización, al deber ser manifestación de una resolución delictual espontánea»; pero junto a ello destaca, como principal argumento, la circunstancia de que la figura del delito provocado no se puede ni siquiera remitir al ámbito del delito imposible del artículo 52, párrafo segundo, del Código penal como había pretendido el Tribunal de Instancia, puesto que se da «por la maquinación insidiosa que la envuelve, como quiere la mejor doctrina científica, exclusivamente una

(12) Sobre la *contrainte moral* y la polémica de si es o no aplicable en caso de provocaciones policiales, Charles Bornet, *La provocation aux délits par des agents de l'autorité*, en *RPDP*, 1948, 30; Jean BOUCHERON, *Provocation*, en "Daloz, Répertoire de Droit criminel et de procédure pénal", II, París, 1954, 732 s.; Roger MERLE y André VITU, *Traité de Droit criminel*, 3.^a ed., París, 1978, 712 ss.; André DECOQ, *Droit pénal général*, París, 1971, 346; Gaston STEFAN y Georges LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 8.^a ed., París, 1975, 297 nota 1.

(13) Manuel LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal, II, Barcelona, 1964. 82/83.

(14) LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, II, 83.

aparición de ataque, con ausencia de enfrentamiento formal al ordenamiento jurídico penal, pues la voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica en su realización y alcanzar un fin, aunque pudiera envolver un sencillo ataque ético, que resultaba meramente ilusorio y sin vida real, por lo que carece de entidad para encajarse en las normas penales» (15). Y más adelante insiste en que el sujeto provocado «no atacó las normas penales de manera esencial y sí simplemente aparente, por lo que no puede castigarse tal conducta» (sentencia de 27 de junio de 1967).

A partir de ahora el valor conceptual que sugiere la expresión delito provocado va a ser condicionante en el Tribunal Supremo de la idea de impunidad. En este sentido se pronuncia de forma expresa la sentencia de 18 de abril de 1972, al concebirlo como «carente... de toda realidad»; por ello se explica la tendencia a abandonar el argumento según el cual en el delito provocado falta el requisito de la voluntariedad de la acción, en favor de la tesis que ve en él un hecho desprovisto de entidad penal sin más. Y así se dice que «al faltar auténtica materia delictiva —más que libre voluntariedad, según se pretende en los coincidentes recursos ahora planteados— siempre habría de quedar la conducta en mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo, en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo de hecho, concebido así desde su origen por los propios provocadores» (sentencia de 18 de abril de 1972) (16). El mismo criterio que sigue en las sen-

(15) La sentencia apunta, de forma muy precisa, la distinción sistemática, actualmente acogida por la ciencia del Derecho penal, entre desvalor de la acción —al atribuirse al Derecho penal una función ético social— y desvalor del resultado —basado en la protección de bienes jurídicos—. Pero obsérvese cómo la mera presencia de un desvalor de acción, desvinculado por completo de la posibilidad previa de lesión o puesta en peligro del bien jurídico “carece de entidad para encajarse en las normas penales”. Quienes atribuyan al desvalor de la acción la misión de *constituir* el injusto, y nieguen que el desvalor del resultado cumpla función alguna, encontrarán serias dificultades para no tomar en consideración tales episodios. Las consecuencias sistemáticas en materia de participación, y, particularmente, de agente provocador, no se dejan esperar: el fundamento de la pena en la participación radicaría más en la corrupción operada en el autor —abandono por éste de los valores ético sociales de la acción— que en la contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A su vez, el agente provocador deberá hacerse acreedor a una pena en todo caso, ya que aspira y contribuye a efectuar el desvalor de la acción que lleva a cabo el provocado, aunque no el desvalor del resultado. La tesis es inaceptable y de ello me he ocupado en otro lugar. Sobre el problema general aquí planteado, basta citar a Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín, 1969, 5; José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, 157; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, 129 ss; Hans Joachim RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personale Unrechtslehre*, en “Festschrift für Reinhart Maurach”, Karlsruhe, 1972, 66 ss.

(16) La vinculación de los casos de agente provocador con el delito putativo se observa también en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VI, Buenos Aires, 1962, 677. Posteriormente remitiría el tema, en su conjunto, al marco de la participación criminal; véase, a este respecto, *Tratado*, VII, Buenos Aires, 1970, 713.

tencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, en donde al hacer un estudio de lo que es el delito provocado, frente al caso planteado, se manifiesta que la «actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo primero del Código penal»; pero más adelante se añade que «con criterio tal vez más técnico» en el delito provocado «la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo en sentido amplio, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido, de modo que tanto la actuación del provocador como la del provocado han de reputarse absolutamente ineficaces» (sentencia de 20 de febrero de 1973) (17). En conclusión, la opinión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito provocado es la de que nos hallamos ante un hecho en donde falta auténtica materia digna de reprobación penal. De ello se deriva, de forma general, «la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero, en realidad, causados por agente provocador de los mismos» (sentencia de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975). El resultado es que no cabe exigir responsabilidad criminal a los que hayan intervenido en él. Bien es cierto que en ninguna de las sentencias que me son conocidas se plantea de forma directa la posible deducción de una reprobación penal a cargo del agente provocador, sino sólo a cargo del provocado. Sin embargo, la conclusión que extrae la sentencia de 18 de abril de 1972 al manifestar que el delito provocado «no debe acarrear responsabilidad penal propiamente dicha para los provocados, por razón del inocuo conato resultante», debe hacerse extensible también al agente provocador al no existir más que una apariencia delictiva. Si el agente provocador actuara como supuesto partícipe (inductor, cooperador necesario, cómplice), por aplicación de las reglas generales en la materia (accesoriedad) al no existir un hecho principal típico y antijurídico —y con independencia de otras consideraciones—, no habría posibilidad de fundamentar el contenido de injusto que posibilita su castigo. Y de igual modo, si obrara como aparente coautor, al asentarse el hecho sobre bases ficticias, tampoco cabría establecer el contenido de injusto relevante. En síntesis, del análisis de las sentencias estudiadas cabe deducir —así lo ha señalado también Rodríguez Mourullo— que el Tribunal Supremo considera impunes tanto al agente provocador como al provocado, siempre que el hecho pueda ser *calificado* de delito provocado (18).

(17) Cfr. Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, 130 y 132, en quien parece inspirarse la sentencia que cito.

(18) Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, 856, nota 66.

V. CONSIDERACIONES CRITICAS

Una vez expuestas las líneas esenciales del delito provocado se está en condiciones de hacer un análisis crítico de la orientación que guía al Tribunal Supremo a la hora de abordar el asunto. Por de pronto hay que poner de relieve que si bien el Tribunal Supremo considera que todo delito provocado es el resultado de la previa intervención de un agente provocador, no todo supuesto en el que éste tome parte dará lugar a un episodio de esta naturaleza. Se quiere reservar la expresión delito provocado, debido a las resonancias de impunidad que asocia, para ciertos casos de agente provocador. El Tribunal Supremo repudia la idea de que en el delito provocado pueda adoptarse una solución diferente para el agente provocador y para el provocado. Quiere que ambos corran la misma suerte. Consecuentemente, allí donde sea factible deducir una reprobación criminal a cargo de uno o de otro, no estaremos ante un delito provocado. En segundo lugar, tampoco habrá delito provocado cuando falte el elemento objetivo de la provocación, entendido en el sentido de ser el agente provocador el que tome la iniciativa o el que haga surgir la resolución criminal en el provocado. De este modo se excluyen del ámbito del delito provocado aquellos supuestos unánimemente considerados de agente provocador, pero en los que éste no es el promotor directo de la actuación del provocado (19) o en los que alguno de los dos resulta acreedor a una pena.

Tanto uno como otro aspecto estarían presentes en el caso que plantea la Sentencia de 16 de noviembre de 1979: un oficial de juzgado solicita de un particular una cantidad de dinero so pretexto de activar la tramitación de una causa. El requerido pone el hecho en conocimiento de la autoridad policial, y se presta a entregar un sobre conteniendo diez mil pesetas, cuyos billetes, recuperados posteriormente en poder del oficial de juzgado, habían sido marcados en la comisaría de policía. Dos serán los argumentos que se utilizan para excluir del delito provocado estos hechos. En primer lugar, se afirma que no existe la previa provocación, pues «fue el propio funcionario procesado quien solicitó la retribución no debida para realizar un acto relacionado con el ejercicio de su cargo». En segundo término, y a mi juicio aquí es donde radica la base del problema planteado, de relacionar estos hechos con el delito provocado, el Tribunal Supremo estaría privado de entrar a debatir la factible responsabilidad criminal del funcionario, pues, como ha quedado dicho, lo característico del mismo es que falta auténtica materia delictiva. Sin embargo, existían poderosas razones,

(19) La expresión agente provocador ha sufrido un cambio semántico al ser incorporada al campo del Derecho penal, y bajo la misma se incluyen no sólo los casos en que existe una auténtica incitación, sino también aquellos otros en que la iniciativa la toma el *provocado*, pero el hecho está siendo controlado en todo momento, en su estructura y desarrollo, por el aparente receptor de la incitación. Tal es el episodio de la sentencia que se cita en el texto. Cfr. Hansjürgen KARGE, *Der agent provocateur*, Diss., Frankfurt am Main, 1969, 19.

dada la particular configuración del delito de cohecho en sus dos facetas de activo y pasivo, y la dualidad de bienes jurídicos tutelados, así como de delitos (20), para tomar en consideración, cuando menos la actuación del *provocado*. El Tribunal Supremo consideró que el hecho era constitutivo de un delito consumado de cohecho pasivo, «sin que constituyan el menor obstáculo para la posibilidad de su realización las medidas precautorias tomadas por el particular para lograr la posterior comprobación del delito y evitar su agotamiento». Sin entrar ahora a estudiar la solución dogmática que se ofrece, el proceso metódico seguido es a mi entender el correcto en todos los casos en que interviene un agente provocador. La atención ha de ponerse no ya en unas pretendidas características del hecho mismo, sino en la conducta realizada, y en si fundamenta el injusto relevante del correspondiente tipo de delito afectado.

Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo *califica de delito provocado* un episodio, da la impresión de que opera como si fuese una categoría jurídica autónoma dotada de un contenido material propio y del que deriva la impunidad con carácter general sin más. Por ello se explica la evolución que su tratamiento ha sufrido a lo largo del tiempo. Si en un principio se fijó la atención en la falta de una voluntad libremente manifestada por parte del sujeto provocado, paulatinamente se fueron viendo en el propio hecho unas características que más que ser consecuencia de la particular forma de actuar del agente provocador se quieren presentar como inmanentes al delito provocado. En la práctica se está obrando al modo de aquellos sistemas que han incluido en su legislación positiva la figura como tal. Salvando las diferencias estructurales que el Tribunal Supremo quiere atribuir al delito provocado frente a las provocaciones policiales, esto es lo que sucede en el Código penal de Uruguay de 1933 donde el artículo 8 determina la impunidad «del hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión» (21). El resultado no se ha dejado esperar: en

(20) Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte Especial, 8.^a ed., Madrid, 1980, 1120 ss.; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte Especial, 2.^a ed., Sevilla, 1976, 682 ss. Es interesante observar la situación que se produce con respecto al particular que se ofrece al fingimiento, pues está claro que no comete un delito de cohecho activo, ya que no existe propiamente lesión del bien jurídico —respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado— al estar montada la trama en bases irreales. Mas tampoco cabe construir una conducta de participación —cooperación necesaria o complicidad— en el delito de cohecho pasivo, porque el particular no contribuye *real y efectivamente* al ataque del bien jurídico (quebrantamiento del deber y confianza depositada en el funcionario) que lleva a cabo el oficial de juzgado. Todo ello siempre que se acepte la propia viabilidad del cohecho pasivo, dadas las circunstancias.

(21) Código penal de Uruguay de 4 de diciembre de 1933, artículo 8: No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad. Un planteamiento de signo inverso, al someter a una pena cualquier actividad del agente provocador, es el adoptado por los Códigos penales de Grecia de 17 de agosto de 1950 y de Polonia

la doctrina del Tribunal Supremo el delito provocado opera como sinónimo de impunidad al no existir materia delictiva, por lo que de antemano tanto el agente provocador como el provocado deben quedar exentos de reprobación penal.

El defecto de enfoque es notorio. Basta con atribuir a un hecho la condición de delito provocado para deducir sin más su impunidad. Sin embargo, creo que no está justificado dogmáticamente otorgar al delito provocado un tratamiento autónomo. No se puede partir del apriorismo de que el delito provocado es sinónimo de impunidad. La vía de análisis que debe seguirse para determinar la posible responsabilidad criminal de quienes en él intervienen no ha de ser diferente a la del resto de los casos en que actúa un agente provocador. Adviértase que cuando el Tribunal Supremo trata de destacar los requisitos del delito provocado, en realidad lo que está haciendo es remontarse a un momento anterior, esto es, a las causas que lo originan. Uno a uno coinciden dichos requisitos con los que se aceptan generalmente para caracterizar la particular estructura contradictoria de la conducta del agente provocador. Bajo este punto de vista, el análisis de los comportamientos del agente provocador y del provocado ha de llevarse a cabo confrontando sus actividades con las correspondientes categorías de autoría o de participación afectadas, a fin de deducir su posible adecuación. Pero si se llega a la conclusión de que no es posible castigar ni a uno ni a otro, tal cosa no se deberá a la concurrencia de unas características que se quieran presentar como immanentes al delito provocado, sino, antes bien, a que sus conductas no dan lugar al desvalor que fundamenta el injusto del tipo de delito afectado. El problema, en cualquier caso, es más de tipo de injusto (objetivo) que de dolo. Ciertamente que la actuación de uno de ellos puede hacerse acreedora a una pena. Ninguna violencia debe verse en que esto sea así, pues entre el agente provocador y el provocado no existe la armonía funcional de toda realización en régimen de codelinquencia. Es cierto que uno y otro intervienen en un mismo hecho, pero sus actuaciones aparecen enfrentadas. De ahí que el análisis de la conducta de cada uno no admita el tratamiento convencional que se otorga generalmente a la realización conjunta del hecho. La asunción de esta desarmonía se traduce externamente en que mientras el agente provocador tiene prevista la evitación del resultado, el provocado aspira a su consecución. Por ello, ni las reglas generales en materia de participación —en especial las relativas a la naturaleza accesoria y a la con-

de 19 de abril de 1969. Código penal de Grecia, artículo 46, 2: Será castigado con la pena señalada al autor, rebajada en su mitad, quien dolosamente haya provocado en otro la decisión de cometer una infracción criminal con el único fin de sorprenderlo en el momento de la tentativa o durante los actos preparatorios, y con el propósito de impedir que llegue a la consumación. Código penal de Polonia, artículo 21, § 3: Lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 [exención o atenuación de la pena en caso de haber impedido voluntariamente la ejecución del delito o haber intentado voluntariamente impedirlo, respectivamente] no es aplicable al que induce a otro a realizar una acción punible con el fin de entablar contra él un proceso criminal.

tribución real y efectiva en realización del hecho—, ni los principios de la ejecución en régimen de coautoría —división del trabajo basado en la dependencia funcional en la verificación directa del hecho— tienen aquí aplicación. En consecuencia, es perfectamente posible deducir la responsabilidad criminal de uno de ellos, y excluir la del otro; y también, ambos pueden hacerse acreedores, en su caso, al castigo, si sus intervenciones fundamentan el desvalor que motiva la imposición de una pena. En definitiva, la conclusión de impunidad o de castigo no puede ser nunca el presupuesto, sino la consecuencia, por lo que el llamado delito provocado no representa ninguna particularidad en el análisis de la conducta criminal frente al resto de los casos en que interviene un agente provocador.

Finalmente, la posible influencia ejercida en la voluntad del provocado, sólo secundariamente cobrará algún relieve en el análisis jurídico-penal. Cualquiera que sea la interpretación que se dé a la voluntariedad requerida —como libre o espontánea, como dolosa, como culpable, como referida a la norma—, en principio el sujeto provocado obrará cumpliendo los presupuestos del párrafo primero del artículo primero del Código penal. Insisto en que primordialmente estaremos ante un asunto de tipo de injusto objetivo.

En el propio defecto de enfoque metodológico apuntado debe cifrarse la propensión a emparejar el delito provocado en su conjunto con el delito putativo, con el delito aparente o con el delito absolutamente imposible. La equiparación no es convincente. El delito putativo responde, al menos con el valor conceptual que se le atribuye técnicamente, a pautas bien diferentes (22). Baste ahora recordar que el hecho realizado por el provocado, al menos formalmente, se corresponderá con un tipo penal, y además, de no haber mediado la intervención del agente provocador en su desarrollo, la generalidad de las veces aquél resultaría reproducible criminalmente. Tampoco satisface la vinculación con el delito aparente. Esta ha sido una tesis que ha encontrado algún predicamento en la doctrina científica italiana (23).

Pero quizá de este modo se incurra en el mismo error que se está denunciando al hacer del delito aparente una especie de categoría delictiva autónoma. Será preferible hablar, si se quiere, y para determinados casos, de una apariencia delictiva. El hecho no es en sí aparente, sino que la apariencia emana de la influencia desplegada por el agente provocador al tratar a todo trance de evitar que haga su aparición el resultado desaprobado. La constancia de este dato exige dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿está permitido remitir el problema en su conjunto al ámbito del delito imposible, ya sea para fundamentar su castigo con base en el párrafo segundo del artículo 52, o para excluirlo por entender que se trata de una tentativa absolutamente inidó-

(22) Cfr., por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*. P. G., 608. Véase, no obstante, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, 677; *El "iter criminis" y la tentativa*, 469.

(23) Cfr. Alfredo DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, en "Studi in memoria di Arturo Rocco", I, Milano, 1952, 321 ss.

nea o de una tentativa irreal? La contestación requiere algunas matizaciones previas. No hay que pasar por alto la estructura contradictoria que caracteriza la intervención del agente provocador.

Ya he dicho que entre él y el provocado no existe la armonía funcional que preside toda realización en régimen de codelinuencia. Por ello, quienes traten de remitir la *conjunta realización* del hecho al marco del delito imposible del artículo 52 párrafo segundo del Código penal, y por extensión al marco del delito absolutamente imposible, o a la tentativa irreal, incurrirán, al menos con respecto al agente provocador, en una manifiesta contradicción sistemática. Olvidan que es requisito imprescindible del delito imposible y del delito absolutamente imposible —e incluso también de la tentativa irreal (24)— la presencia en el sujeto de un momento subjetivo orientado a la plena realización del delito propuesto (25). Difícilmente se podrá apreciar en el agente provocador esa voluntad de realización, cuando sabe de antemano que el hecho no va a progresar hasta el resultado desaprobado al haber adoptado las medidas oportunas. Por tanto, si el agente provocador no incurre en responsabilidad criminal ello no se deberá a que estemos en presencia de una tentativa absolutamente imposible o ante una tentativa irreal, sino a que su actuación no fundamenta el desvalor que motiva la imposición de una pena al no contribuir real y efectivamente al menoscabo del bien jurídico afectado.

Pero no se puede decir lo mismo del provocado el cual por regla general, sí obrará con intención de llevar a cabo el delito. No se puede descartar de entrada la posibilidad de remitir el comportamiento del provocado al ámbito de la teoría general de la tentativa inidónea en su conjunto. En qué casos el provocado debe hacerse acreedor a una pena y cuándo quedar exento de responsabilidad es una cuestión que no puede contestarse con criterios apriorísticos. El examen en concreto del hecho, y las particulares circunstancias de cada caso, aportarán la solución más conveniente. No obstante, sirva adelantar, como criterio orientativo, que si nos atenemos a la especial configuración del hecho en el que interviene un agente provocador, las más de las veces existirán serias dudas de que pueda fundamentarse el injusto que amplía la pena en la tentativa inidónea con respecto a la conducta del provocado (26). El análisis de la cuestión no ha de radicar tanto en si

(24) Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, 110; *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, 146 ss.

(25) Cfr., de la ciencia penal española, por todos, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español*, en *ADPCP*, 1971, 377 ss. De la literatura alemana, baste citar, Hans-Joachim RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, AT, I, 2.^a ed., Frankfurt am Main, 1977, 183 y 192.

(26) Sobre las distintas teorías elaboradas por la doctrina científica para fundamentar la pena en la tentativa inidónea, véase, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, P. G., 742, s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, II, 223 ss.; JESCHECK, *AT*, 429; RUDOLPHI, en *SK*, I, 183, s. La jurisprudencia española se muestra oscilante entre las distintas tesis; para la teoría subjetiva, véase Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en

la actuación de éste es o no idónea o en si el objeto del delito es susceptible o no de ser atacado —tal como acertadamente destacaron Luzón Domingo, Núñez Barbero y Rodríguez Mourullo—, sino en la propia estructura del hecho (27). Si dadas las características de la infracción, la producción del resultado desaprobado es de imposible verificación, precisamente como consecuencia de las medidas adoptadas por el agente provocador, lo más acertado será calificar la actuación del provocado como de tentativa irreal (28). Pero entonces, entendiéndose bien, la impunidad no deriva de que nos encontremos ante un pretendido *delito provocado*, sino de las reglas generales de la teoría de la tentativa irreal. Piénsese en los delitos de encuentro —sumamente frecuentes en la materia por la facilidad con que se puede influir en el desarrollo del hecho—, en los que por lo común quebrará la propia estructura que da vida al tipo de injusto relevante, debido a la intervención de una de las partes como agente provocador; o en los episodios en que solamente se permite la realización de un principio de ejecución, sin trascendencia para el bien jurídico por las medidas adoptadas; o en los de peligro, en los que de antemano se ha previsto evitar la aparición del riesgo de lesión; y así sucesivamente. En todos ellos la actuación del provocado no pasa de ser un grotesco intento sin trascendencia para el bien jurídico afectado y ni tan siquiera para producir alarma en la conciencia social (29). La mera existencia de un desvalor de acción, pero desprendido en absoluto de la posibilidad inicial de realización del objetivo desaprobado por la norma, al haberse adoptado previamente las medidas precautorias pertinentes en favor del bien jurídico, es por sí solo insuficiente para fundamentar el injusto relevante de la tentativa inidónea (30).

ADPCP, 1966, 223 ss.; para la teoría de la impresión, puede consultarse mi trabajo *El fundamento de la pena en la tentativa inidónea*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1977), en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", número 55, 1979, 173 ss.

(27) LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, II, 82 s.; NÚÑEZ BARBERO, *Delito imposible*, 129 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 855 s.

(28) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 855.

(29) Esta idea, con toda corrección, fue la que se utilizó como principal motivo del recurso —así se deduce de uno de los Resultandos de la Sentencia de 18 de abril de 1972, a la que parece seguir la de 14 de junio de 1975— al aducirse que "el Derecho penal como protector de bienes jurídicos no puede entrar en juego cuando los mismos no han sido lesionados ni puestos en peligro por haber existido un agente provocador del delito, no habiéndose producido daño alguno ni material ni formal...".

(30) Repárese en la dificultad dogmática que se le presenta a un derecho protector de bienes jurídicos el castigo de la tentativa inidónea en donde por definición falte todo atisbo de peligro objetivo para el bien jurídico. Por ello se ha mantenido que el fundamento de la pena en tales casos —e incluso con carácter general para las formas de ejecución imperfecta— habría que hallarlo en la existencia de un momento subjetivo, esto es, en la intención de cometer el delito (véase, SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 225 ss.); o si se quiere, en el mero apartarse del recto sentir jurídico

Es cierto que a pesar de las medidas precautorias adoptadas, el resultado desaprobado puede hacer su aparición. La tendencia general para estos casos es remitir la actuación del agente provocador al marco de la responsabilidad a título de culpa (31). De nuevo aquí puede surgir la desarmonía funcional entre agente provocador y provocado, pues sin duda que éste habrá actuado dolosamente en todo momento. No es factible construir una inducción culposa —a cargo del agente provocador, si bajo ese título hubiese intervenido— en un hecho doloso cometido por el provocado. La razón hay que hallarla en que la inducción como tal exige el actuar doloso del inductor —doble dirección del dolo (32)—. De ahí que seguramente el lugar de encuadre más adecuado —una vez superada la barrera de la imputación objetiva del resultado, pues no se olvide que el agente provocador quiere evitar su entrada a toda costa (33)— fuese la autoría accesoria, en donde el agente provocador aparecería como autor culposo, si se pudiera fundamentar la autoría en su conducta, y el provocado como autor doloso (34).

(desvalor de la acción). La tesis no convence cuando se parte de la idea de que la misión primordial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. El momento objetivo —alarma social— que quiere destacar la teoría de la impresión, en rigor se basa en presupuestos muy diferentes a los del menoscabo de un bien jurídico. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, II, 224.

(31) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 856; Wilfried KÜPPER, *Der agent provocateur im Strafrecht*, en *GA*, 1974, 333; Hartwig PLATE, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, en *ZStW*, 1972, 313; Claus ROXIN, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., Berlín, New York, 1978, § 26, núm. marginal, 18 y § 27, 31.

(32) Aceptando la doble dirección del dolo —mejor que *Doppelvorsatz*— al ir referido al acto mismo de la inducción y al resultado del hecho principal que lleva a cabo el autor, entre otros, Hans Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Berlín, 1978, 559/560; ROXIN, en *LK*, § 26, 14.

(33) Cfr. sobre la materia, Claus ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en “Problemas básicos del Derecho penal”, traducción de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, 183 ss.; JESCHECK, *AT*, 230 ss.

(34) La autoría accesoria comprende aquellos casos en que varias personas dan lugar conjuntamente al resultado del delito sin haber obrado en régimen de coautoría, esto es, sin existir en sus aportaciones una dependencia funcional, basada en el principio de la división del trabajo, como consecuencia de un concierto para su común ejecución. Pero la autoría accesoria carece de significado autónomo —tal como resalta ROXIN, en *LK*, § 25, 161— y viene sólo a designar los episodios de autoría individual citados. Cfr., sobre la cuestión, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 838.

VI.—LA PROVOCACION POLICIAL: LAS PRETENDIDAS DIFERENCIAS CON EL DELITO PROVOCADO

El mismo defecto de enfoque metodológico con que se abordan los casos en que entra en acción un agente provocador se aprecia bien a las claras en las provocaciones policiales de hechos delictivos (35). Según ha quedado reseñado, la tesis mantenida por el Tribunal Supremo parte de la idea de que no existe materia digna de reprobación penal en el delito provocado. De ahí se deduce la impunidad tanto para el agente provocador como para el provocado. Sin embargo, pronto pesaron en el ánimo del Tribunal Supremo consideraciones de distinta índole —de política criminal y de política social, sobre todo— que señalaban como dignos de castigo ciertos hechos que aparecían como efecto de la actuación de un agente provocador. Las Sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975 son explícitas en este sentido: la intervención policial dirigida a promover un hecho criminal que venga a demostrar patentemente la previa existencia de actividades delictivas del mismo tipo, como sucede en el tráfico ilícito de drogas, «es única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva en nuestro tiempo»; y continúa: «de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce la posibilidad y conveniencia de sancionar estas últimas conductas». Pero el Tribunal Supremo se vio sorprendido en la trampa que se había tendido a sí mismo como consecuencia de la inadecuada vía metodológica seguida para dar solución a los casos en que interviene un agente provocador. Si el delito provocado opera como sinónimo de impunidad, obviamente siempre que el hecho surja a estímulos de provocación y sin posibilidad de alcanzar el resultado desaprobado, hay que declarar tanto la impunidad del agente provocador como del provocado. Sin embargo, en ciertos episodios, estrictas razones dogmático penales abogaban en favor de la punición del provocado, no así del agente provocador. ¿Qué sucede cuando un policía, con el fin de reprimir el mercado ilegal, se presenta como comprador de droga e incluso llega a entregar el dinero solicitado, y recibe a cambio la mercancía de tráfico ilícito, si bien la operación termina con la detención del vendedor? Este es el supuesto que contemplan, entre otras, las Sentencias de 13 de noviembre de 1953, 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973, 14 de junio de 1975 y 8 de julio de 1980. Las respuestas son de toda índole.

Antes de entrar en el análisis de las distintas soluciones arbitradas

(35) Existen diferencias estructurales notorias entre las provocaciones policiales, casos de agente provocador, generalmente, y los episodios de presencia de la fuerza pública advertida de antemano para evitar la consumación. Ciertamente que ambas cuestiones son compatibles, pero no todo caso en que la policía hace fracasar la empresa criminal por haber sido alertada entra en el marco del problema del agente provocador. Cfr. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, 125 ss. Véanse las Sentencias de 4 de noviembre de 1948 y de 19 de junio de 1964.

en las decisiones citadas, conviene hacer una breve referencia al cuestionario que suscita el tema en su conjunto. La motivación político criminal reseñada aparece en la jurisprudencia de todos los países (36). Han sido varias las vías propuestas por la doctrina científica para tomar en consideración, como relevantes a efectos penales, los casos de provocación policial en materia de tráfico ilícito de drogas. Una primera es aquélla que declara sin más la responsabilidad penal tanto del agente provocador como del provocado al tratarse de un delito de peligro abstracto y darse todos los presupuestos que fundamentan el injusto en esta especie delictiva (37). La tesis es, a mi juicio, inceptable. Diré simplemente, como consideración de carácter general, que se olvida la especial estructura de los delitos de encuentro y, además, que incluso en las infracciones de peligro abstracto, un presupuesto para poder establecer el contenido de injusto debe ser la posibilidad inicial de la realización del riesgo, cosa que de antemano queda excluida en el ejemplo del que se parte al haber previsto la detención inmediata del vendedor y la intervención de la droga (38). Además, y ya con relación a la especial forma de venir configurado el delito en el artículo 344 del Código penal, de acuerdo con la interpretación que parece más acertada, de resultar alguien responsable criminalmente en

(36) De la muy extensa bibliografía baste aludir, a modo indicativo, para Alemania, Knut AMELUNG y Hero SCHALL, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln*, en *JuS*, 1975, 565 ss.; Horst FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agents Provocateurs zur Ermittlung von Straftätern*, en *NJW*, 1979, 2014 ss.; LÜDERSEN, *Verbrechensprophylaxe, durch Verbrechensprovokation?*, 349 ss.; para Francia, BORNET, *La provocation aux délits par des agents de l'autorité*, 27 ss.; Alfred LEGAL, *Les consequences juridiques des provocations policières*, en *RSCDP*, 1972, 859 ss.; para Italia, Francesca MINERVA, *Agente provocatore, tentativo impossibile, concorso del fatto doloso della persona offesa nella produzione dell'evento*, en "Archivio Penale", II, 1972, 610 ss.; para Suiza, Jean GRAVEN, *Le problème de L'agent provocateur*, en "Mélanges Georges Sauser-Hall", Neuchâtel, Paris, 1952, 233 ss.. Con respecto a USA ya he aludido a la *doctrine of entrapment*.

(37) Así, por ejemplo, FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agents Provocateurs*, 2016 s.

(38) Sobre la interesante polémica de si es posible verificar una prueba en contrario de la peligrosidad, incluso en los delitos de peligro abstracto, por ser esta solución más conforme con un derecho penal de culpabilidad, puede consultarse, Marino BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973, 489; Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *El 'resultado' en la teoría jurídica del delito*, en *CPC*, núm. 1, 1977, 55 s.; Antonio BERISTAIN IPIÑA, *Resultado y delitos de peligro*, en "Cuestiones penales y criminológicas", Madrid, 1979, 273. Decididamente a favor de la posibilidad de la prueba en contrario, Arthur KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, en *JZ*, 1963, 432; en contra, al significar una inversión de la carga de la prueba y hacer de todo delito de peligro abstracto un delito de peligro concreto, Bernd SHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en *JA*, 1975, 797. Sobre otros expedientes para limitar la punibilidad en los delitos de peligro abstracto —hacer de la peligrosidad una especie de condición objetiva de punibilidad, exigir la infracción de un deber objetivo de cuidado—, véase Adolf SCHÖNKE-Horts SCHRÖDER-Peter CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20.^a ed., 1980, 1855 s.

una compraventa es el vendedor de la droga, pero nunca el comprador que la adquiere sin ánimo de transmitirla él a su vez. Sólo de este modo encuentra coherencia interna el criterio unánimemente mantenido por el Tribunal Supremo de no considerar punible la tenencia para el consumo propio (39).

La segunda vía es aquélla que declara la responsabilidad criminal del provocado, pero excluye la del agente provocador al actuar amparado por una causa de justificación (cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (40), estado de necesidad...). Se ha dicho que si no existe otra forma de lucha contra este tipo de criminalidad, se dan los presupuestos del estado de necesidad justificante en las provocaciones policiales (41). No niego que pueda ser así, pero en tales casos ya no estaremos ante un genuino caso de agente provocador. Por eso considero que la apelación a la concurrencia de una causa de justificación —aparte de las implicaciones sistemáticas que todo el tema sugiere, y que son particularmente notorias en la especial forma de actuar del agente provocador— no es convincente. Entiendo que con carácter previo, la conducta provocadora —y desde luego en el delito de encuentro de compraventa de sustancias estupefacientes— se mostrará inadecuada sistemática y funcionalmente para fundamentar el tipo de injusto correspondiente de la categoría de autoría o participación afectada. No se olvide, además, la advertencia hecha con respecto a las posibles conductas dignas de castigo al tomar como base el artículo 344 del Código penal.

Por último, algunas sentencias del Tribunal Supremo han acudido a un expediente muy próximo al empleado en ciertos países del ámbito anglosajón para declarar la responsabilidad del provocado y excluir

(39) Véase, entre otras muchas, la Sentencia de 25 de marzo de 1980: "(...) la doctrina de esta Sala ha establecido de forma reiterada —Sentencias de 2 de julio, 21 y 22 de octubre de 1979—, que la elaboración, fabricación y el cultivo, la tenencia y el transporte de drogas o estupefacientes, cuando están destinadas al autoconsumo, sin deseo alguno de transmisibilidad, no constituyen las figuras delictivas del citado artículo 344".

(40) En la Sentencia de 18 de abril de 1972 incidentalmente se hace alusión a que, con independencia de la falta de auténtica materia delictiva, en el delito provocado se estaría obrando en "cumplimiento de deberes y órdenes funcionales, por miembros de la policía, a fines de indagación y eventual neutralización de sospechadas proclividades criminales...".

(41) Günter STRATENWERTH, *Strafrecht*, "Allgemeiner Teil", 2.^a ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, 250. Cfr. Erich SAMSON, en *SK*, I, 231. Knut AMMELUNG, en *NJW*, 1977, 833; Gehardt GREBING, *Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht*, en *GA*, 1979, 99. ss., donde se plantea un supuesto de allanamiento de morada realizado por la policía, y la posibilidad de la concurrencia de un estado de necesidad. Por mi parte pienso que el caso, al menos con respecto al allanamiento de morada, no guarda relación alguna con la cuestión del agente provocador. El problema está enmarcado en otro más general en donde la policía seguramente que obra a modo de agente provocador con el fin de reprimir el tráfico de drogas. Pero una cosa es esta actuación y otra totalmente diferente el allanamiento de morada.

la del agente provocador. De ahí el empeño de separar estos casos del delito provocado.

Al examinar anteriormente las características del delito provocado se indicó que una de ellas consistía en que el hecho sugiese a estímulos de provocación. Precisamente este presupuesto estaría ausente en las provocaciones policiales realizadas a los solos efectos de poner al descubierto una actividad criminal que ya se viene desarrollando con anterioridad. La primera sentencia que abre brecha en esa dirección es la de 18 de abril de 1972, al diferenciar entre el delito provocado y los casos en que «el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, índice y contraste 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; y sigue: «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 del delito, aunque sí de su descubrimiento».

Estas ideas fueron aprovechadas y desarrolladas por la Sentencia de 20 de febrero de 1973 y reproducidas en la de 14 de junio de 1975. En ellas se indica 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» (Sentencia de 20 de febrero de 1973).

El empeño del Tribunal Supremo de diferenciar los casos de delito provocado de las provocaciones policiales, no obedece a una necesidad dogmática evidente. En rigor, a ambos casos les aúna la intervención de un agente provocador que va a influir decisivamente en la estructura y desarrollo del delito. En qué ocasiones el agente provocador y cuándo el provocado deben hacerse acreedores al castigo, debe ser la consecuencia, pero no el presupuesto. Por ello, de haberse tenido en cuenta la desarmonía funcional que entre ellos existe, no habría reparo alguno en declarar, en su caso, responsable criminalmente al provocado pero no al provocador.

El Tribunal Supremo cree, no obstante, que se dan profundas diferencias entre el delito provocado y la provocación policial. El punto de contraste estaría en que mientras en el primer caso el hecho se crea de nueva planta, en las provocaciones policiales ya vendría fluyendo

con anterioridad la actividad criminal (42). Pero entonces aquí surge una importante cuestión previa, que enlaza con el cuestionario procesal que plantea la intervención de un agente provocador, cual es determinar lo que se enjuicia: si la operación de venta en la que intervienen los policías, si la tenencia de droga destinada al tráfico o si las anteriores actividades delictivas. Si de la venta se tratase, en realidad no creo que haya fundamento para afirmar la responsabilidad del agente provocador ni tampoco la del provocado al asentarse toda la trama en bases irreales. No existirá diferencia con lo que el Tribunal Supremo denomina un delito provocado. El motivo de la impunidad ha de buscarse en que ninguna de las dos actuaciones da lugar al juicio de desvalor del que se extrae el injusto relevante. Mayores dificultades pueden presentarse con respecto a la tenencia de drogas tóxicas o estupefacientes destinadas al tráfico, dada la amplitud con que está concebido el artículo 344 del Código penal. Esta parece que es la tesis de fondo sostenida en la Sentencia de 18 de abril de 1972 cuando indica que al producirse la intervención policial «el delito ya existía (...), a virtud de la disponibilidad de las drogas, previamente adquiridas con fines de ulterior reventa a quienes las solicitasen». Debo señalar, no obstante, que quizá aquí se plantee una cuestión previa de carácter procesal, pues la actuación de los policías no deja de ser la determinante del pretendido tráfico, no deduciéndose del relato de hechos probados para las sospechadas actividades de venta preexistentes, mayores indicios que los anteriores a la incitación. Habrá quedado palmariamente demostrado, si se quiere, un acto de tráfico que surge a instancias de la actuación de los policías. Pero nada más. Y desde el momento en que la compraventa está asentada en una operación de tráfico ficticia, nos hallaremos ante lo que se llama delito provocado. Insisto en que del relato de hechos probados no se obtienen más datos reveladores de la certeza de anteriores acciones de venta. Así lo debe reconocer indirectamente la Sentencia de 20 de febrero de 1973, al indicar que el tráfico de estupefacientes era anterior y preconstituido a la actuación policial, por lo que no puede decirse «que fuera provocado por ella, al menos en su conjunto, porque lo único que hizo tal intervención de los agentes de la autoridad fue poner al descubierto un fragmento del mismo». Ahora bien, si la operación de la policía solamente contribuyó a poner al descubierto un fragmento del tráfico de estupefacientes, ese *fragmento*, que es lo único probado en el relato de hechos, y el que en pura lógica parece motivar la condena, fue precisamente el

(42) También es esta la argumentación a la que acude la jurisprudencia de otros países para tomar en consideración la actividad del provocado, pero no la del miembro de los servicios policiales que se presenta como aparente comprador de una droga de tráfico ilícito. Dicho policía no podría ser castigado como inductor o como instigador pues el vendedor ostentaría la condición de *omnimodo facturus*, al estar ya de antemano resuelto a realizar el acto de venta. Cfr. para Alemania Wilhelm DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, en MDR, 1976, 13; para Italia, MINERVA, *Agente provocatore*, 612; para Francia, LEGAL, *Les conséquences juridiques des provocations policières*, 862 s.

provocado por su intervención, por lo que ya estaremos ante lo que se denomina por el Tribunal Supremo un delito provocado. De la anterior actividad delictiva, incluso en los delitos de tracto sucesivo o de tráfico continuado, en realidad solamente existirán indicios. Otra cosa habría que decir si hubiera quedado plenamente de manifiesto en los hechos probados la anterior dedicación de los sujetos al tráfico de la mercancía de tráfico ilícito. Y esa dirección es la que apunta la sentencia de 14 de junio de 1975. Sin embargo, la línea argumental que ofrece no deja de ser contradictoria. Tras mostrar al provocado como una especie de *omnimodo facturatus* por estar «ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente», a renglón seguido dice que «la actuación policial ya no sólo tiene un carácter meramente preventivo—anterior, por tanto, al represivo propio del delito ya manifestado—, sino que trata de poner al descubierto el tráfico de la droga que ya se venía realizando con asiduidad, que es lo que justamente declara el *factum* de la sentencia recurrida cuando presenta a los funcionarios del Cuerpo General de Policía intervinientes animados del propósito de 'descubrir el tráfico ilegal de drogas' en la ciudad de Barcelona, a cuyo fin montaron el servicio que se describe y que dio por resultado detener al procesado vendedor de una cantidad importante de griffa, por precio de 50.000 pesetas, previamente concertado». Adviértase que si por un lado se nos quiere ofrecer la *provocación* policial como superflua, por otro es en la operación concertada de venta de griffa en donde se pone toda la atención. La duda que surge sigue siendo la misma: ¿no se está exigiendo responsabilidad criminal por hechos—esos son los probados— asentados en bases ficticias? Ni que decir tiene que en las sentencias de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975 se apreció un delito de tráfico ilícito de estupefacientes en grado de consumación, y del cual responden los sujetos provocados, mas no se plantea la posible responsabilidad de los policías que acuden a los métodos propios del agente provocador. Por el contrario, la sentencia de 13 de noviembre de 1953 basó la condena—sólo con respecto al provocado— en una tentativa.

Las dudas expuestas no son vanas. También el Tribunal Supremo ha reaccionado en contra de la vía abierta por la sentencia de 18 de abril de 1972. Así, la de 8 de julio de 1980 resume de forma muy precisa los recelos expuestos en estas páginas. Se aborda en ella un supuesto de simulación de compra de hachís por un sargento de la Guardia Civil; el Tribunal Supremo casa la sentencia condenatoria recaída en instancia, y absuelve a los procesados del delito de tráfico ilícito de drogas, del artículo 344 del Código penal, con base en los siguientes fundamentos: «Que en la sentencia se condena a los procesados como autores de un delito contra la salud pública "por dedicarse a la venta de la droga llamada haschiss", como escuetamente se consigna en los hechos probados, sin precisar los antecedentes del caso, detalles de ejecución, circunstancias del hecho, móvil que les guiara y en general cuantos datos pudieran servir para valorar jurídicamente los hechos

perseguidos, y sobre todo no contener 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 par incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado». La conclusión me parece de una lógica contundente.

Las líneas que anteceden sirven de exponente del conjunto de problemas que suscita la intervención de un agente provocador, contemplados desde la óptica del sujeto provocado. Junto al aspecto de estricta dogmática jurídico penal, subyace un importante cuestionario político-criminal que traspasa su propio marco y se adentra en el más amplio de la política social en general. El asunto del tráfico y consumo de drogas es un ejemplo. Al lado de todo ello está el importante aspecto procesal, y el que representa la constante tensión entre la intervención estatal y la libre determinación personal. Bajo esta perspectiva, ¿están legitimados los medios de control social para provocar un delito, y posteriormente para tomarlo en consideración, aunque sólo sea con el fin de obtener su represión? Con independencia de la faceta ética que el tema sugiere, la cuestión alcanza a los propios principios inspiradores del Estado social y democrático de derecho (43). La Ley de Enjuiciamiento Criminal determina en el artículo 282 que la policía judicial tiene por objeto averiguar los delitos públicos cometidos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas de cuya desaparición hubiere peligro. No creo que entre estos procedimientos y técnicas pueda figurar la provocación al delito. Misión de la policía judicial es descubrir el ya cometido, pero no facilitar la comisión de uno nuevo. Así también lo entendió la Sentencia de 27 de junio de 1967 al referirse a «las actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación» (44). 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 (45).

(43) Cfr. el artículo 9.3 de la Constitución de 1978 donde se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Véanse, además, los artículos 10, 24, 103.1, 126. De forma indirecta también se podría apelar al artículo 6.4 del Código civil.

(44) Sobre la intervención del policía que acude a los métodos del agente provocador y la invasión de la esfera privada, algunas indicaciones en AMELUNG y SCHALL, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln*, 569 ss.

(45) Así LÜDERSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechenprovokation?*, 371. Véase, finalmente, en *NJW*, 1980, 1791, una breve referencia a si es lícito hacer valer la acción penal en caso de que el hecho haya sido provocado por la autoridad policial.

