



DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta nº 1/1981, de 10 de julio, *La responsabilidad del agente provocador*.

1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA CONSULTA

Art. 344 Código Penal de 1973

2. AFECTADO POR:

2.1 LEGISLACIÓN: Art. 368 Código Penal 1995.

2.2 DOCTRINA FG: Circular nº 1/1984 interpretación del art. 344 CP y Circular 2/2004 Sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte).

2.3 JURISPRUDENCIA: Entre otra muchas STS nº 262/2003, 19 de febrero

3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Numerosas SSTS han abordado y examinado la figura del delito provocado y del agente provocador, afirmándose la "total carencia de legitimidad de aquél, que nace de la falta de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades, cuya misión es la persecución y descubrimiento de los delitos" (SS.T.S. de 14 de junio de 1.993 y 22 de junio de 1.994). El delito provocado, que conlleva la impunidad de la acción típica, es aquél que sólo llega a realizarse en virtud de la inducción eficaz de un agente (el agente provocador) que, ha generado con su actuación engañosa la idea delictiva del autor, anteriormente inexistente, y la ejecución de la conducta ilícita, considerándose que en estos casos la infracción es impune porque carece de realidad, es pura ficción, ya que es el representante de la Autoridad el que quiso que la norma penal fuera conculcada y su actuación fue esencial, determinante y decisiva para ello, pues, si bien la LECrim. atribuye a la Policía la averiguación de los delitos públicos y la práctica de las diligencias para su comprobación, así como el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de efectos, instrumentos o pruebas, ello lleva implícito que tal actuación policial ha de ser conforme a la Constitución, y a la Ley, y no puede, por tanto, utilizar en el desempeño de esas actividades medios ilícitos o reprochables, entre los que se encuentran la incitación efectiva y eficaz a perpetrar la infracción a quien no tenía tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal previamente inexistente y la ejecución de un delito que, de no ser por la provocación, no se hubiera producido. En estos casos la impunidad es absoluta porque (véase STS de 23 de enero de 2.001) no hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco se aprecia una verdadera y genuina infracción penal, sino únicamente el esbozo de un delito imposible propiciado por el agente

provocador, siendo así que "no está permitido en un Estado de Derecho que algún Órgano de la Administración Pública promueva con su actuación, una conducta punible" (STS de 23 de abril de 2.002).

Sin embargo, no cabe identificar ni confundir el delito provocado con el que ha venido en denominarse "delito comprobado", que tiene lugar cuando la actividad policial, sin quebrar legalidad alguna, pretende descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, toda vez que en estos supuestos el agente infiltrado no busca ni genera la comisión del delito, sino allegar las pruebas de una ilícita actividad ya cometida o que se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el delito provocado, no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir. En el delito comprobado esa decisión es libre y nace espontáneamente (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 8 de julio de 1.994, 2 de octubre de 1.994, 14 de febrero y 30 de diciembre de 1.995, 21 de enero de 1.997, 9 de diciembre de 1.998, 3 de febrero y 16 de abril de 1.999).

TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

Consulta nº 1/1981, de 10 de julio, *La responsabilidad del agente provocador*.

Excmos. e Ilmos. Sres.:

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado consulta de V.I. derivada del contenido de un sumario que se instruye por delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de estupefacientes. El objeto de su consulta lo centra en una alternativa que consiste, bien en comprender la conducta de determinados miembros de la Policía Judicial en la figura del agente provocador impune, o bien en precisar si la actividad desarrollada se integra en la estructura típica del artículo 344 del Código Penal, delito del que responderían en concepto de autores.

En dos órdenes distintos se analiza el tema: en el general de los presupuestos de la figura del agente provocador y en el particular de los hechos dados.

A) La inducción, aun la indirecta, se concreta siempre en el hecho de instigar a cometer un delito determinado en el futuro y está mediatizada por un delito que subsigue cuya causa se halla en el consejo eficaz. Si al tiempo de la inducción el delito ya se había cometido o si el inducido había decidido, *ex libera voluntas*, perpetrarlo, la conducta del inductor es impune. De igual modo, la provocación a delinquir aparece como incitación *ante delictum*, con lo que no se originará la provocación punible en los supuestos de incitación *ex post*. La solución es distinta cuando a la provocación sigue la ejecución (art. 4º, párrafo tercero, del Código Penal). Mas tratándose no de provocación a delinquir en el futuro, sino de un delito directamente derivado de la conducta actual del provocador, la irresponsabilidad del provocado por hechos ejecutados merced a la actividad desplegada por un agente provocador, es admitida y tiene un doble fundamento: estimar que el error sufrido por el ejecutor material elimina la voluntariedad del acto o entender que se trataría de un supuesto de tentativa inidónea, delito putativo o delito aparente, tal impunidad abarcaría también la conducta del provocador (Sentencias de 26-VI-1950, 27-VI-1967).

Sin embargo, no se sujetan a este tratamiento, con lo que hay responsabilidad para el provocado, aquellos casos en que la provocación vaya encaminada a descubrir delitos ya cometidos (Sentencias de 18-IV-1972, 20-II-1973, 18-IV-1975, 14-VI-1975), sobre todo cuando se trate de infracciones de tracto sucesivo, naturaleza que debe asignarse al tráfico de estupefacientes, y el agente provocador es un funcionario de la Policía Judicial, que, simulando ser comprador, persiguen el realidad averiguar los canales a través de los cuales se venía difundiendo la droga por vastas organizaciones. Esta doctrina es, por lo demás, aplicable, como dice la Sentencia de 18-IV-1975, a aquellos supuestos que, no por presentar perfiles de más modesto alcance, dejan de ofrecer igual persistencia en la conducta y consiguiente peligrosidad para la salud pública. Además, la conducta del provocado es sancionable en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado era un *omnimodo facturus*, es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita (Sentencia de 14-VI-1975). Es claro, pues, que instar la venta de estupefacientes (delito provocado) aparentando miembros de la Policía Judicial, su compra, a quien está en posesión de ellos, es acción impune para el agente provocador por razón de conducta justificada, y acción punible para el provocado porque el delito se hallaba ya consumado antes de la provocación en otra modalidad delictiva (tenencia para transmitir).

B) En particular, los hechos fundamento de la Consulta presentan dos cuestiones distintas.

a) Una se halla, desde luego, dentro de los límites de la verdadera figura del agente provocador y conduce a proclamar la impunidad de su conducta.

Nos referimos a los hechos materializados en la *provocación de la venta* de estupefacientes por quienes están en posesión de los mismos. En efecto, si se aparenta la adquisición de aquellos productos determinando en el provocado su entrega o su disposición a transmitirlos, tal conducta es impune para el provocador, pues el provocado no sólo había resuelto cometer un delito, sino que éste se había consumado en uno de los subtipos (es delictiva la tenencia cualificada por eventuales actos de tráfico) y el fin perseguido por el provocador es el descubrimiento de la actividad delictiva, independientemente de que con este acto puedan aclararse otros (el origen de los canales de distribución). Lo mismo cabe decir de la intervención de quien colabora con el provocador realizando materialmente los actos conducentes al descubrimiento.

b) El otro tema que late en la Consulta, al menos parcialmente, se halla fuera del radio de la figura penal del agente provocador impune y se conforma con la estructura delictiva que define y sanciona el artículo 344 del Código Penal . En esta hipótesis, los hechos a valorar son indicativos de que ya no se trata de simular la compra de estupefacientes, sino de *ofrecerlos* en venta por quien actúa en nombre del agente provocador para su entrega al consumidor o al traficante. Y la cuestión, tal como se narra en la Consulta, presenta a su vez dos variantes. Una es la de la oferta de venta sin más finalidad que la de individualizar a posibles delincuentes. Otra, la de oferta de venta real de drogas con el fin de transmitir las mediante precio del que se beneficiarían los agentes de la Policía Judicial. En el primero de estos supuestos es, si se quiere, dudoso que la conducta desarrollada por el agente provocador y sus colaboradores sea impune, porque de modo directo con ella no se origina siempre el descubrimiento de un delito (no es, sin más, acción delictiva el hecho de adquirir estupefacientes, pues el comprador puede no perseguir otra finalidad que su propio consumo). En el segundo, es manifiesto que se dan todos los requisitos de un comportamiento penal típico, bien porque media tenencia en los

provocadores con vocación de tráfico o porque se han consumado actos de tráfico efectivo.

El presupuesto de hecho sobre el que se construye la Consulta no cuenta con más apoyatura que las manifestaciones del eventual colaborador de quienes pueden ser configurados como agentes provocadores; declaraciones que, por lo demás, son realmente antitéticas con las de éstos. Por ello, si como V.I. dice, los hechos expuestos son por ahora únicamente indiciarios y a efectos de Consulta, sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores diligencias, también la contestación con base en aquellos hechos se desenvuelve en un plano puramente provisional y virtualmente teórico. Y si en la continuación de la investigación resultaren confirmados los indicios existentes de criminalidad a través de elementos probatorios de otra naturaleza o de intensidad mayor, es claro que se desencadenaría la responsabilidad en concepto de auto, pues habrían desaparecido los presupuestos objetivos y subjetivos condicionantes de la figura jurídico-penal del agente provocador impune.

Dios guarde a V.E. y a V.I. muchos años.

Madrid, 10 de julio de de 1981.

Excmos. e lltmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

