

Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)

Teresa MOLINA PÉREZ
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo de El Escorial

Resumen: Determinados tipos de criminalidad requieren unas técnicas especiales de investigación por parte de la Policía que pueden crear una tensión entre el Estado de Derecho y la averiguación del delito.

Abstract: Sometimes the special methods used by the police in order to get their purposes respect to specific crimes, could represent some problems with the Constitutional State.

Palabras clave: Criminalidad organizada, Técnicas de investigación, Delito provocado, Infiltración policial.

Keywords: Organized criminality, Skills of investigation, Provoked crime, Police infiltration.

Sumario:

I. Conceptos.

- 1.1. *Concepto de agente infiltrado.*
- 1.2. *Concepto de confidente.*
- 1.3. *Concepto de arrepentido o colaborador con la justicia.*

II. Naturaleza jurídica, finalidad y fundamento del agente infiltrado.

III. Requisitos del agente infiltrado.

- 3.1. *Requisitos subjetivos.*
- 3.2. *Requisitos objetivos.*

IV. Efectos.

I. CONCEPTOS

1.1. *Concepto de agente infiltrado*

El agente infiltrado es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas, y para descubrir a quienes integran la organización criminal, con las tareas y funciones que les vienen atribuidos por la Ley.

El agente, con su actuación, no determina el nacimiento del hecho delictivo, sino que lo que hace es introducirse en una organización criminal para poder descubrir a aquellos que son partícipes de ella. Y es precisamente en la actuación del agente en donde hay que distinguir dos casos ¹:

- 1.º La actuación policial que sirve para descubrir una infracción, ya consumada, del delito.
- 2.º La infiltración policial.

En cuanto al primero, los supuestos que se pueden presentar son muy diversos, y habrán de interpretarse en cada caso concreto ². En todo caso, existe un elemento en común dentro de la gran variedad de ellos, y es que la Policía solamente hace aflorar un delito que previamente ya se había cometido. Por tanto, si el delito ya se ha iniciado, la actuación policial sólo va a influir en el grado de perfección o agotamiento del mismo, bien porque se limita a su descubrimiento y constatación en la fase consumativa, bien porque origina su frustración si la intervención se produce antes de que el delito se consuma.

1. Vid. *Memoria Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas*, 1995, p. 169.

2. Vid. la STS de 23 de marzo de 1994, que considera que el hecho de reunir en dos horas una cantidad importante de droga demuestra que los procesados ya la poseían con anterioridad, antes de la intervención de la Guardia Civil., y, en el mismo sentido, la STS de 26 de diciembre del mismo año, la de 25 de enero de 1999 que expone que «la actuación policial lo fue para descubrir un hecho delictivo preexistente, dado que la cocaína ya estaba en disposición de tráfico antes de la intervención del agente».

Todas estas actuaciones nos conducen a considerar que se trata de una técnica policial para descubrir a aquellos que han delinquido. La Policía actúa ejerciendo aquellas funciones que le otorgan las Leyes ³, porque el delito nace libremente de la voluntad del autor y se desarrolla conforme a esa ideación, hasta que la intervención policial se cruza. Es por tanto un medio de investigación cuya finalidad es descubrir una actividad delictiva preexistente.

En cuanto al caso segundo, para poder descubrir a quiénes integran una organización de narcotraficantes, en muchos casos internacional, para poder desarticular esa red se necesita que los agentes policiales realicen una actividad de relación con los narcotraficantes, aparentando estar interesados en algún aspecto de esa actividad, para así descubrir el delito y a sus autores. Y esta es la única función que realiza el agente infiltrado. El Tribunal Supremo ⁴ declara no haber existido delito provocado cuando la actuación de los agentes no origina la comisión del delito, sino la salida a la luz del ya consumado, poner al descubierto al tráfico ilícito y obtener pruebas sobre una actividad sobre la que existía vehemente sospecha ⁵.

La doctrina define al agente infiltrado como «aquella persona que integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con éstos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma, y proceder, en consecuencia, a su desarticulación» ⁶.

Bien es cierto que la figura del infiltrado puede confundirse con la del agente provocador, puesto que el primero puede llegar a provocar cuando pone en evidencia tal actividad ⁷. Pero son figuras que hay que distinguir, aunque en determinados supuestos es difícil establecer una línea divisoria entre ambas.

Una parte de la doctrina ha intentado diferenciar ambas figuras, manifestando que las características esenciales del agente infiltrado que lo distingue del agente provocador son:

«Primero: que se introducen para observar determinados ambientes o personas, pero que no provocan delitos.

3. Vid. MORENO CATENA, V., *Los agentes encubiertos en España*, Otrosí 1999, p. 40, y los art. 282 y 283 de la Leocr, así como la STS de 2 de febrero de 1998.

4. La STS de 8 de febrero de 1991 dice que «no ha existido delito provocado por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que, fingiéndose supuestos compradores, se ponen en contacto con los delincuentes aparentando su interés en adquirir 500 g. de heroína, y cuando los delincuentes mostraron la bolsa conteniendo la sustancia y los supuestos compradores comprobaron las características de la droga, procedieron a la detención de aquéllos», porque, como dice la STS de 13 de mayo de 1999, «el agente policial levanta una situación delictiva preexistente y se persigue un delito ya cometido».

5. Vid. la STS de 9 de marzo de 1998.

6. Vid. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas», *Actualidad Penal* 1 (1996)342.

7. Así lo expresa el TS, en sentencia de 12 de marzo de 1993.

Segundo: que, aún provocando un delito, su fin no es recoger piezas de convicción sino introducirse en la organización criminal⁸.

Esta distinción no nos parece adecuada, porque un Estado de Derecho no puede permitir que se provoquen delitos, aunque se persiga un fin distinto a la comisión de un delito.

La Ley Orgánica 5/1999 introdujo el concepto de agente infiltrado en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de criminalidad organizada, y lo define como el funcionario de la Policía Judicial que, previa autorización, actúa «bajo identidad supuesta», y al que se le permite «adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y a diferir la incautación de los mismos».

Todo lo que acabamos de exponer nos conduce a la diferenciación entre el agente infiltrado y el agente provocador: si entre las funciones de la Policía se encuentran la investigación y persecución del delito, la infiltración policial supone la introducción, o la relación, en una organización; en este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo cuando declara que no ha existido delito provocado «cuando la actuación de los agentes no origina la comisión del delito sino la salida a la luz del ya consumado, poner al descubierto al tráfico ilícito y obtener pruebas sobre una actividad sobre la que existía vehemente sospecha»⁹.

Pero si el hecho delictivo lo promueve la incitación policial, sea un agente infiltrado o no, «obliga a considerar el hecho como atípico, puesto que el mismo, desde el primer momento, ha estado dominado por el agente que lo provocó y no es, además, permisible que en un Estado de Derecho las Autoridades o sus agentes se dediquen a provocar acciones delictivas»¹⁰.

8. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente Provocador*, Monografías 36, Valencia 1995, pp. 41 y 42, quien mantiene la tesis de que la finalidad del agente infiltrado es la de descubrir a la organización y no la de castigar al provocado mediante la obtención de pruebas. A esta posición cabe decir que, en la medida en que se provoque, existirá un agente provocador, aunque la finalidad sea descubrir a aquéllos que integran la organización. El Estado no puede, a través de la utilización de los agentes encubiertos, utilizar un medio de investigación penal a través del provocador, conducta que es sancionada penalmente en nuestro Código Penal, aunque se pretenda combatir a la criminalidad organizada. Existe una total carencia de legitimidad para utilizar esos métodos. También en este sentido se manifiesta MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional* III (con MONTERO AROCA, J.; BARONA VILLAR, S., y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Valencia 1999, p. 208, para quien la actuación de la Policía no puede provocar «porque desvirtuaría su propia naturaleza y legitimidad».

9. STS 28 de julio de 1998: «cuando no hay provocación policial, sino una mera finalidad de descubrimiento de un hacer criminal ya en curso, tienen plena validez las pruebas que se obtengan», pruebas que no son tales ya que, como expone ARAGONÉS MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal* (OLIVA, A. de la; HINOJOSA, R.; MUERZA, J., y TOMÉ, J. A., Madrid 1999, p. 94) «la información aportada a la instrucción tendrá el mismo valor que cualquier otra diligencia de averiguación y comprobación del delito, y la aportada al juicio, la de cualquier medio de prueba».

10. Vid. STS de 13 de mayo de 1999.

Existe un supuesto, diferente a la infiltración, pero que suele confundirse, y sucede cuando el autor ha decidido cometer el delito y busca a terceros para su agotamiento o consumación, ofreciéndose para ello los agentes de la autoridad, que se han infiltrado previamente en el medio y que fingen ser delincuentes, en cuyo supuesto la Policía está ejerciendo la función que le confiere el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este supuesto, el delito arranca y nace libremente de la voluntad e inteligencia del autor y se desarrolla con ese propósito hasta que la intervención policial se cruza, por lo que los actos anteriores del autor son aptos para producir efectos penales que le son propios.

1.2. *Concepto de confidente*

El confidente es aquel sujeto que transmite información a quienes están encargados de una investigación penal y que, a cambio de ella, obtiene ciertas ventajas. Puede estar dentro de una organización, o fuera de ella, pero no provoca delitos ni está infiltrado con el fin de investigar.

El hecho de que el agente y el confidente sean formas de actuación para descubrir determinadas actividades delictivas, no conlleva que sean necesariamente agentes provocadores de un delito. Podrán provocarlos, y entonces serán agentes provocadores, pero en la medida en que observen ambientes y personas determinadas serán confidentes o infiltrados, pero no provocan hechos delictivos.

1.3. *Concepto de arrepentido o colaborador con la justicia*

En la medida en que el arrepentido puede ser un infiltrado, es necesario hacer una breve referencia a la figura del arrepentido ya que, a veces, es el cauce a través del cual puede llegarse a descubrir y desarticular una organización de traficantes de drogas.

La doctrina entiende que el arrepentido es aquel cuya conducta consiste básicamente en «el abandono de sus actividades, confesar sus acciones, revelar a la Justicia la identidad del resto de los actores participantes en el hecho delictivo, o en presentarlos directamente ante la misma, o incluso, y en algunos casos, hacerlo con tiempo suficiente para evitar sus resultados»¹¹.

La Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico de drogas define al colaborador con la justicia o arrepentido como «aquel que, con su colaboración, contribuye, esté o no iniciado el proceso, a evitar la comisión de

11. Vid. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido, *La Ley*, n. 4132, p. 1.

hechos delictivos, a descubrir los ya cometidos y a identificar a los responsables, y en función de ese comportamiento, de la trascendencia o colaboración prestada, del momento en que se realiza, se hace beneficiario en el ámbito jurídico penal de cláusulas de reducción»¹².

Para nosotros, en el mismo sentido que hace la Fiscalía Especial, el arrepentido es aquella persona que colabora con la Justicia, bien descubriendo a los autores de un delito ya cometido, bien dando información para evitar que se cometan, siendo indiferente que el proceso esté o no iniciado, y a cambio de ello obtiene unos beneficios de ámbito jurídico material.

Se trata de una circunstancia atenuante, cuya finalidad es otorgar un tratamiento penal más benigno a quien colabora con la Justicia para poder desarticular a las bandas organizadas. Así lo establece el artículo 376 del Código Penal al preceptuar que «en los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que hubiere colaborado».

Pese a los recelos que tal figura despierta¹³), como manifiesta la Memoria de la Fiscalía especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilícito de Drogas «es un hecho constatado que para erradicar el fenómeno de la crimi-

12. Vid. *Memoria Fiscalía Especial* 1990, p. 66, y la STS de 11 de enero de 1999.

13. Las propias Naciones Unidas han tratado el tema del arrepentido en las reuniones que mantienen la HONLEA (Organismos Nacionales encargados de combatir el narcotráfico). Así, en la reunión de Aruba (Antillas Holandesas) de septiembre de 1990, se llegó a las siguientes conclusiones (que por su interés reproducimos íntegramente:

Consideraciones:

«La sociedad civil de todos los países, incluidos los medios de comunicación, expresan con frecuencia su solidaridad con las instituciones encargadas de erradicar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el blanqueo de los ingentes beneficios que genera, manifestando así mismo su alarma por la envergadura que ha alcanzado el problema.

Son muy escasas, sin embargo, las denuncias concretas que los ciudadanos formulan contra estos delitos, sin duda por las características peculiares de los mismos y por el temor a represalias, no siendo infrecuente, por el contrario, que personas implicadas en estas infracciones delictuales colaboren activamente con las autoridades competentes en la materia, facilitando información valiosa para la Justicia, comportamiento que merece ser valorado a los efectos de su responsabilidad penal».

Recomendaciones:

«Se sugiere la conveniencia de que los Estados que no lo tengan ya previsto en su Ordenamiento interno, incorporen al mismo la posibilidad de atenuar la pena e incluso, en determinados supuestos, declarar su exención total para aquellas personas inculpadas en un proceso judicial que, por propia iniciativa, proporcionen información que hagan posible incautaciones

nalidad organizada de tráfico de drogas, conocer sus pautas de funcionamiento, evitar las altas cotas de impunidad de las que habitualmente gozan y conseguir que la Justicia alcance a los responsables máximos de las organizaciones, es absolutamente conveniente la información y colaboración de personas integrantes de estos grupos, quienes desafiando las reglas de intimidación y silencio por las que se rigen, contribuyen de forma muy eficaz, a la realización de aquellos fines»¹⁴.

Se exige la concurrencia de tres requisitos:

- «1. Abandono voluntario de las actividades delictivas.
2. Presentación a las autoridades y confesión de los hechos en que hubiere participado.
3. Colaboración activa con las autoridades, concretada en impedir la producción del delito, en obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o en impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado»¹⁵.

La Ley habla de conductas de colaboración pero no las describe, y esas conductas son muy diversas. Para comprender a esta figura hay que partir de una afirmación esencial: el colaborador es un tercero, no es un agente encubierto, y ese tercero puede actuar de diversas formas. Veamos, pues, cuáles son estas formas:

El colaborador puede ser simplemente un acusador, un denunciador o puede ser un confidente que está introducido en aquel ambiente que se está investigando. Y también puede ser un infiltrado con las características propias expresadas en el apartado anterior.

En principio, nada debe objetarse respecto a aquellas actuaciones que sólo proporcionan una información confidencial que sirve para proceder a una investigación policial. El problema puede plantearse cuando el colaborador es un infiltrado que a su vez hace salir el delito, puesto que puede ser por tanto un agente provocador. Esta situación, factible, nos reconduce al problema del

importantes de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la desarticulación de las tramas de esta delincuencia organizada y el descubrimiento del circuito financiero del blanqueo, evitando con todo ello la comisión de nuevos delitos.

Se sugiere que donde la Legislación doméstica así lo permitiera, estas previsiones se pueden hacer efectivas, en el caso de que la información conduzca al mismo resultado, en uno u otros países, distinto del Estado en el que el informante ha sido detenido.»

14. *Memoria Fiscalía Especial* 1990, p. 66.

15. Requisitos que se recogen en la *Memoria Fiscalía Especial* 1995, pp. 64-67.

agente provocador y de la validez procesal de la utilización de ese medio de investigación ¹⁶.

Pero si el legislador ¹⁷ ha demostrado su sensibilidad ante unos comportamientos que redundan en beneficio de la justicia penal para averiguar el delito, descubrir a los autores y evitar o, al menos, disminuir sus efectos, al introducir el precepto penal citado, no se entiende por qué lo hace con carácter restrictivo, pues limita su aplicación a las conductas descritas en los artículos 368 a 362, por lo que no es aplicable a los supuestos de blanqueo de dinero procedentes del narcotráfico.

En cuanto a los efectos procesales de la declaración del arrepentido, no existe una regulación expresa, y se plantea el problema de determinar qué valor procesal ha de darse a sus declaraciones.

II. NATURALEZA JURÍDICA, FINALIDAD Y FUNDAMENTO DEL AGENTE INFILTRADO

La investigación encubierta es una actividad policial tendente a descubrir una conducta delictiva preexistente ¹⁸. Se trata de una técnica de investigación, de actos de investigación que los miembros de la Policía Judicial realizan, en la mayoría de los casos, en fase previa al proceso.

El único objeto, o finalidad, es el de desvelar y poner de manifiesto el proceder delictivo de los infractores. Y éste es el único fin de la infiltración, que la exposición de motivos de la LO 5/1999 citada expone con nitidez y preci-

16. Esta es la razón por la que el Tribunal Supremo ha manifestado de una forma directa su desconfianza por el uso de confidentes ante determinados supuestos, así, entre otras, la STS de 14 de junio de 1993 «fue un tercero el que quiso que la norma penal se conculcara impetrando la defensa de la legalidad y la persecución de los delincuentes».

17. Al igual que han hecho otras legislaciones de nuestro entorno, la Convención de Viena de 1988, en el art. 7,3, preceptúa que «el testigo, el perito u otra persona que consienta en depone en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la parte requirente no será obejeto de procesamiento, detención o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal en dicho territorio por pactos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en la que abandonó el territorio de la Parte requerida. este salvoconducto cesará cuando del testigo, perito u otra persona haya tenido durante quince días consecutivos, o durante el periodo acordado por las partes, después de la fecha en que se haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país, y, no obstante, permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado».

En Alemania, la Ley sobre tráfico de estupefacientes describe dos conductas de colaboración con la justicia que potestativamente conllevan la aplicación de beneficios penales. En Francia la Ley 87/1157 de 31 de diciembre introduce cláusulas de exención y reducción penales. En Bélgica la Ley de estupefacientes contiene normas reguladoras de exención y atenuación de la pena. Lo mismo sucede en Portugal y en Venezuela.

18. Así, STS de 23 de marzo de 1994.

sión cuando dice que «introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores». Por esta razón, el Tribunal Supremo¹⁹ declara que, en la preocupación que suscitan determinadas formas de delincuencia organizada, se «ha revelado como medio de eficacia probada para combatir esta clase de criminalidad la figura del agente infiltrado e incluso, la del colaborador policial»²⁰.

El Tribunal Supremo considera la infiltración policial como un procedimiento de investigación que se realiza de incógnito, sin revelar la identidad ni condición de policías con el fin de, una vez introducido en el ambiente criminal, poder conocer los planes y así abortarlos, y también para poder descubrir a los autores del hecho y procurar su detención²¹. Se trata por tanto de una actuación policial que cumple funciones de represión o prevención de actividades criminales, de una actividad de investigación que se encuentra dentro de los límites de la Ley y la Constitución²², para poder sacar aquellas a la luz.

Si en las funciones de la Policía se encuentran las de prevenir el delito o descubrir su perpetración, para conseguirlo uno de los medios de investigación utilizados es el de la infiltración, cuyo fin es conocer los planes delictivos, abortarlos y detener a los autores²³.

Como consecuencia de lo que acabamos de exponer, se deduce fácilmente que el fundamento de la infiltración policial se encuentra en la delincuencia organizada, que en la mayoría de los casos es de narcotráfico, ya que se trata de un medio de eficacia probada para descubrir este tipo de criminalidad. Esta es la razón por la que se les permite actuar dentro de la organización, a la vez que se les permite adquirir y transportar «los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos»²⁴.

19. STS de 8 de febrero de 1991.

20. La *Memoria Fiscalía Especial* 1994, pp. 127-143, defiende como muy altamente positivo y eficaz este medio de investigación en la lucha contra el narcotráfico, entre los que se incluye la posibilidad de la entrega vigilada a través de un agente infiltrado que tiene su apoyo legal en el art. 263 bis de la LECr.

21. Vid. la STS de 9 de marzo de 1998.

22. Vid. arts. 126 de la CE y 282 de la LECR.

23. Vid. DELGADO GARCÍA, M. D., «Perspectivas de la prueba desde la fiscalía antidroga», *Estudios del Ministerio Fiscal*, II, p. 585, «el delito provocado se halla estrechamente relacionado con la infiltración policial, primero porque son actuaciones encubiertas las que pueden inducir a la comisión de un delito; y, en segundo lugar, porque el análisis jurisprudencial de la figura del agente infiltrado siempre ha tenido como punto de referencia determinar o no la existencia de la provocación delictual».

24. Vid. *Memoria de la Fiscalía General del Estado* 1996, p. 1278.

III. REQUISITOS

3.1. *Requisitos subjetivos del agente infiltrado*

El elemento subjetivo en el agente infiltrado está representado por un elemento intencional que se dirige a descubrir los delitos ya cometidos, o que se están cometiendo. No busca la comisión del delito, sino descubrir los medios y las formas, a través de los cuales el delito se desenvuelve, porque «pues la penetración o infiltración en tales grupos criminales permite recabar información sobre su estructura y su modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos»²⁵.

Los únicos sujetos habilitados para poder actuar como agentes infiltrados, o encubiertos, en una organización son los miembros de la Policía Judicial, y ninguno puede ser obligado, conforme al artículo 282 bis de la ley de Enjuiciamiento Criminal, a ello. En consecuencia, ningún miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que no sea Policía Judicial, puede actuar, a efectos legales, como agente infiltrado, no puede ser agente encubierto. Su actuación se limitará a observar el ambiente criminal, y actuará en el ejercicio de sus funciones de indagación y prevención, pero no podrá gozar de las prerrogativas ni podrá realizar las actuaciones que la ley permite al agente encubierto.

Para poder actuar como agente encubierto es preceptiva la autorización del Juez de Instrucción competente o del Ministerio Fiscal.

En cuanto al Juez de Instrucción, al que la ley menciona de forma genérica, habrá de ser el Juez de Instrucción del lugar donde esté operando la organización criminal si ésta no tiene carácter internacional o no opera en más de un territorio dentro de la Nación. Pero atendiendo a las características de una organización criminal, y a la competencia que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la Audiencia Nacional, aunque la Ley no lo diga, entendemos que la autorización habrá de otorgarla el Juez Central de Instrucción.

Respecto al Ministerio Fiscal, el artículo 282 bis citado le permite autorizar la actuación del agente encubierto. Pero le obliga a dar cuenta inmediata al Juez de Instrucción, que es el que en definitiva permite, mediante resolución motivada, esa actuación. La regulación plantea el problema de si el Ministerio Fiscal debe dar cuenta inmediata al Juez y cesar en sus actuaciones, con la consecuencia de remitir automáticamente las diligencias al órgano instructor. Se puede entender que, puesto que son actuaciones preprocesales tendentes a descubrir y constatar la existencia de un delito, el Fiscal puede otorgar y continuar con la investigación (siempre que no hayan de practicarse actuaciones

25. ZARAGOZA AGUADO, J., «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 19/94 y 5/99», *Primeras jornadas internacionales de Derecho Procesal*, Málaga 1999.

que restrinjan derechos fundamentales, en cuyo caso se deberá incoar un procedimiento y pasar lo actuado al Juez Instructor), conforme al artículo 785 bis. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley debería haber otorgado solamente al Juez Central de Instrucción la posibilidad de autorizar la actuación, en cada caso concreto, del agente encubierto, y ello por varias razones esenciales, entre las que se encuentra el principio de oportunidad reglada. Además, porque la autorización, que la ley exige que sea mediante resolución motivada, solo el Órgano Jurisdiccional tiene competencias para otorgarla. Sería absurdo exigir esta motivación al Juez, y nada al Ministerio Fiscal, máxime cuando se permite que el agente infiltrado pueda realizar actos, de los que se le exime de responsabilidad penal, que son delictivos. Y, en último lugar, porque el órgano auténticamente imparcial es el Judicial, y aunque el Ministerio Fiscal tiene consagrada su imparcialidad constitucionalmente, dentro del proceso penal pudiera mantener una posición de parte acusadora en un proceso por narcotráfico en el que el agente encubierto ha actuado mediante su autorización ²⁶.

La resolución motivada por la que se autoriza la actuación del agente encubierto «será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad». Respecto a esta exigencia nada más preceptúa la ley, y se plantea el problema de dónde y cómo debe hacerse. Ante este silencio puede entenderse o bien que corresponde al propio Juez Instructor custodiarlas en un archivo que quedará bajo su propia custodia, o bien que, puesto que el artículo 6.b, del Reglamento del Secretariado de 29 de abril de 1988, preceptúa que la conservación de los datos documentados de la verdadera personalidad del testigo protegido corresponde al Secretario Judicial mientras esté vigente esa medida, sea al Secretario Judicial al que corresponda conservar y custodiar la resolución por la que se acuerde tal medida. Nosotros optamos por esta última solución, al igual que sucede con los testigos protegidos, de forma que la pieza separada quede bajo la custodia del Secretario Judicial y “fuera de las actuaciones” como preceptúa la propia Ley.

En cuanto al Ministerio del Interior, su intervención se limita a facilitar, en cada investigación concreta, la identidad ficticia del agente encubierto para que pueda desarrollar su concreta actuación.

3.2. *Requisitos objetivos del agente infiltrado*

El agente infiltrado no induce a la comisión del delito, por lo que el elemento objetivo lo constituye su actuación, que no tiene influencia en la resolución delictiva del autor, ni en la consumación, ya producida, del delito.

26. Vid. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal VI*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid 1998, p. 134.

Esa actuación aparece regulada en el apartado 1 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que preceptúa «a los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada...». De su lectura parece deducirse que el agente encubierto sólo puede actuar en una entrega vigilada (al que se refiere el artículo anterior, que es el artículo primero en la LO 5/1999, de 13 de enero, ya citada) siempre que ésta se refiera a una organización criminal, con la lógica consecuencia que tiene un ámbito de actuación muy restringido. Sin embargo, esta interpretación se contradice con la exposición de motivos de la propia ley, porque ha regulado una medida legal especial que «permite a los miembros de la Policía Judicial participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades». La dicción legal es confusa y, dada la finalidad del precepto, parece que el agente encubierto puede actuar o bien en calidad de tal en una entrega vigilada o bien en una organización criminal, con la finalidad de descubrir el delito y a los miembros que la componen. Como consecuencia, se debería, en vez de haber puesto un “y”, haber preceptuado que «a los fines previstos en el artículo anterior o cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada...».

Las actividades de la delincuencia organizada que permiten la actuación del agente encubierto son las que recaen sobre los delitos que se mencionan en el artículo 282, bis, párrafo 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se incluye en el apartado g) los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. Estos delitos se refieren a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como a los precursores. El legislador, en la amplia enumeración de delitos del artículo 282 bis, permite la actuación de un agente encubierto que pueda investigar una red de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico. Si, como ya expusimos, una de las formas de luchar contra el narcotráfico es investigar esos bienes ilícitos, ha sido un acierto el que se incluyera la posibilidad de actuación del agente encubierto en una red organizada de blanqueo de capitales.

También se exige, al igual que en la entrega vigilada, que la introducción del agente encubierto en la organización sea necesaria a los fines de la investigación, necesidad que el Juez deberá considerar en la resolución fundada, cuyos requisitos ya expusimos en el capítulo referente a la entrega vigilada.

La forma de actuación del agente encubierto ha de ser con identidad supuesta, pudiendo, siempre que no provoquen el delito, adquirir, transportar, y diferir sustancias tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; se permite esta actuación, con la consecuencia de estar exentos conforme al punto 5 del artículo 282 bis de responsabilidad criminal, porque esas actividades son consecuencia «necesaria del desarrollo de la investigación».

En cuanto al tiempo de duración de la actuación bajo identidad supuesta, la ley exige un plazo de seis meses, prorrogables, que ha de otorgar el Ministerio del Interior.

Si el agente infiltrado con identidad supuesta está obligado a facilitar la información que vaya obteniendo a quién le autorizó, no se entiende muy bien cuál es la razón por la que deba pedirse prórroga cada seis meses. Hubiera sido deseable que la identidad supuesta se mantuviera, sin necesidad de ampliación, hasta que finalizase la investigación, o hasta que fuera necesario mantenerla, puesto que en definitiva tal facultad la tiene otorgada el Juez de Instrucción.

IV. EFECTOS

4.1. *Eficacia normal de la actuación del agente infiltrado*

Aquellos actos de investigación, en los supuestos en que los agentes de Policía ponen de manifiesto anteriores actividades delictivas a través de la infiltración, producirán los efectos a los que van destinados. Su comportamiento se encuentra dentro de los límites que la Constitución y la Ley les imponen, en el ejercicio de sus funciones, de averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. El simulado obrar del funcionario se justifica por el cumplimiento de los deberes de su cargo y, como consecuencia de ello, su comportamiento es lícito ²⁷.

La infiltración policial, como medio de investigación que es, tendrá una eficacia normal, producirá todas aquellas consecuencias si se cumplen los requisitos establecidos para ella.

Procesalmente, el resultado de tales actuaciones habrá de incardinarse en el atestado, atestado que tiene el valor de denuncia.

4.2. *Eficacia anormal*

La eficacia anormal de la infiltración policial se produce cuando el agente infiltrado, con el fin de detener y poner a disposición judicial, así como también con el de obtener pruebas irrefutables de la comisión de un delito induce al sujeto provocado a cometerlo.

El Tribunal Supremo aplica la doctrina de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida mediante la inducción al hecho delictivo, indicando que la

27. MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional* III, o.c., p. 209, y los artículos 126 de la CE, 11 de la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

prueba así obtenida invalida el proceso de una manera insanable²⁸. Esta afirmación se basa en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias Autoridades que sólo tienen la misión de perseguir y descubrirlo. Tales procesos son incompatibles con la idea central del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española.

Los actos de investigación de los agentes provocadores-policías son aquellos que éstos realizan en fase preprocesal, esto es, con anterioridad a la incoación del sumario, por lo que en buena técnica procesal si es la Policía la que induce a cometer un delito, el atestado carece de toda entidad, no es por tanto una denuncia, y como consecuencia no puede introducir ni el hecho ni el material instructorio al proceso.

28. Vid. las SSTs de 14 de junio y de 3 de noviembre de 1993.

29. El acto inexistente no es más que una apariencia de tal. Así, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal, o.c.*, p. 118: «es un no acto con apariencia de tal»; VILLAR ROMERO, «Irregularidades y nulidad de los actos procesales administrativos», *Revista de Derecho Procesal* (1954) 317: «la inexistencia presenta especial interés en el estudio de las nulidades procesales ya que por su misma naturaleza impide una subsanación por una sentencia firme»; PÉREZ GORDO, A., «La admisibilidad de los actos procesales», *o.c.*, p. 244: «pero el admitir la inexistencia como grado máximo de ineficacia de los actos procesales mueve a equivocaciones, porque el mismo término de inexistencia es contradictorio, ya que el problema que subyace en el fondo es admitir una categoría dentro del ámbito de valoración de la eficacia o ineficacia de los actos procesales de algo que carece de la cualidad de tal»; también SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal, o.c.*, pp. 460 y 461, y «El incidente de nulidad de actuaciones», *Justicia* (1981) 43-73; SILVA MELERO, V., *Actos procesales*, Barcelona 1968, p. 346; CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, vol. X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1967, pp. 463 y ss.: «el origen se encuentra en la doctrina francesa que había consolidado la regla -Pas de Nullité sans Texte-, publicado el Código Francés se planteó la cuestión de si era válido un matrimonio contraído ante dos personas del mismo sexo, no podía ser calificado de matrimonio nulo por no haber precepto legal que estableciera esa nulidad, adoptándose el criterio de que se trataba de un matrimonio no existente».

El acto inexistente es una realidad de hecho que no puede alcanzar vida jurídica. Pero admitida la inexistencia, se presenta la necesidad de distinguirlos de la nulidad, y es la doctrina la que aporta los límites entre ambos, distinguiéndolos en base a dos fundamentos: primero, que para que un acto sea o no procesal ha de tratarse de actos realizados dentro de un proceso, y segundo, que el acto reúne todos los requisitos que la Ley considera esenciales para que el acto produzca sus efectos. A este respecto, CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico, o.c.*, p. 464: «a tal efecto se dirá que se trata de -negotium non existens-, cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio, mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo contrario a su validez»; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El incidente de nulidad de actuaciones», *o.c.*, pp. 43 y ss.: «mientras que la nulidad presupone la existencia de un acto realizado defectuosamente, acto que en principio, de no ser declarado su ineficacia en el transcurso del proceso, puede ser protegido por la cosa juzgada, la inexistencia, al no producirse verdadero acto procesal, sino mera apariencia de tal, no llega a producir cosa juzgada, y por consiguiente admite su posterior declaración». DENTI, V., «Nullità degli atti processuali civili», *Novissimo Digesto Italiano*, t. XI, Turín 1957, p. 469, y LOZANO HIGUERO PINTO, M., «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», *Justicia* 86, pp. 852 y ss.

Esta afirmación nos conduce a objetar la tesis jurisprudencial: no se trata de una prueba ilícita del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que se trata de un medio de investigación ilícito, que no debe llevarse al proceso. Se trata de un acto de investigación inexistente para el proceso ²⁹, y no de una prueba ilícita ³⁰.

Se trata de un medio de investigación que parte de la creación de una resolución criminal (hasta la provocación, inexistente) en el sujeto provocado, y no puede, como consecuencia, llevarse al proceso para producir los efectos que la Ley le otorga ³¹.

El acto inexistente es definido como aquello que pese a tener entidad material carece de entidad procesal. El acto nulo existe para el proceso, mientras que el acto inexistente no es del proceso. Por eso las consecuencias serán que el acto nulo debe ser declarado como tal, mientras que el acto inexistente aparece como inválido en sí mismo.

La inexistencia proviene, por tanto, de la provocación policial como medio de investigación, que supone ir contra la libre determinación del sujeto provocado.

Y la prohibición de su utilización proviene, en primer lugar, del artículo 126 de la Constitución que obliga a que el comportamiento del agente se encuentre dentro de los límites marcados en ella, y, como consecuencia, exige la más absoluta licitud tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos. Pero también existen otros preceptos que obligan a ese lícito comportamiento en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y del descubrimiento del delincuente, veamos por tanto cuáles son éstos:

El artículo 1 de la Constitución Española, que proclama la idea central del Estado de Derecho.

El artículo 9.1 de la Constitución Española, que proclama la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico» ³².

El artículo 10.1 de la Constitución Española, que exige el respeto a los principios constitucionales de la dignidad de la persona y a su libre y espontá-

30. Vid. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid 1968, p. 291, el acto inexistente es aquel al que le falta un requisito esencial que «más que nulo, es, en realidad, inexistente».

31. Vid. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil, o.c.*, p. 269: «requisito es la circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto para que éste produzca todos y solos los efectos a que normalmente va destinado. El núcleo definidor del requisito ha de ser trazado con suficiente amplitud para que abarque cualquier clase de circunstancias, sean de la naturaleza que sean, que operen realmente como factores que influyen en la eficacia de un acto procesal».

32. Vid. la STS de 3 de noviembre de 1993.

nea determinación, «proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena»³³.

Ahora bien, todas las disposiciones mencionadas de la Constitución no son derechos fundamentales, sino que son valores supremos del Ordenamiento Jurídico y Principios Generales del Derecho. Son, en resumen, principios que inspiran el ordenamiento en su conjunto. Pero la provocación policial infringe principios fundamentales, y no derechos fundamentales.

La solución a la actuación policial que vulnera la libre determinación del sujeto provocado, estriba en reconducir las infracciones de las normas infringidas, esa provocación a la lesión de algún derecho especialmente protegido para que sea considerado un medio de investigación ilícito (y, como consecuencia, inexistente), solución que se haya en la protección judicial de los derechos reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Expuesta nuestra posición respecto a los efectos procesales que la actuación del agente provocador conlleva, conviene hacer una breve referencia, como dijimos anteriormente, a los efectos procesales que a las declaraciones del colaborador con la justicia se le otorgan.

Como dice el Tribunal Supremo, las declaraciones del arrepentido o del colaborador con la justicia son testimonios que constituyen un elemento de juicio especial³⁴ que habrá de valorarse siempre en sede judicial, puesto que

33. Vid. la STS. de 20 de febrero de 1990.

34. Vid. la STS de 29 de Octubre de 1990 que expresa que: «la jurisprudencia de esta sala ha venido reiterando que las manifestaciones del coimputado constituyen un medio racional de prueba, debiendo valorarse las mismas atendiendo a un conjunto de factores de particular relevancia dada su potencialidad orientadora al respecto: a) personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como copartícipe; b) examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables -venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.- que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espúreo, o, al menos, restarle fuertes dosis de verosimilitud o credibilidad; c) que no pueda deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación. Tras el análisis de cada supuesto, a la luz de los enunciados precedentes, el testimonio del coimputado puede cuanto menos llegar a estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo, idónea, por lo tanto -máxime si coincide con otros apoyos probatorios-, para desvirtuar la presunción de inocencia», en el mismo sentido, la STS de 25 de junio de 1990 que, citando jurisprudencia constitucional y ordinaria, otorga valor probatorio a las declaraciones de los coimputados. Sin embargo, la STS de 1 de febrero de 1991 no otorga a la acusación del coacusado valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia porque «la única prueba de signo inculpatorio reside en la declaración del coacusado y conviviente en el mismo piso, aunque en habitaciones separadas, declaración que trata de hacerle responsable en exclusiva de la posesión de droga, lo cual delata su falta de veracidad porque puede haber razones para sospechar la existencia de una posesión compartida, pero los datos informativos que la causa ofrece, y de los que ha quedado constancia en el fundamento anterior, impiden excluir al declarante de la responsabilidad por estos hechos. En definitiva, aunque se abriguen sospechas, no existen elementos de prueba que sirvan a la imputación delictiva frente al recurrente».

no es un testigo, no es un tercero ajeno al proceso, sino que es un co-imputado que presta un testimonio. El Tribunal Constitucional ³⁵ otorga a las declaraciones de los co-imputados el carácter de testimonial porque se basan en conocimientos extraprocesales de los hechos que así se aportan a la causa, y en cuanto a tales les confiere valor de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia, que no valen como prueba única y que deben valorarse atendiendo a un conjunto de factores de particular relevancia.

Conviene precisar, una vez expuestos los efectos anormales que la infiltración policial conlleva, y puesto que en los epígrafes anteriores nos hemos referido al delito provocado en la doctrina del Tribunal Supremo que diferencia claramente la provocación al delito del descubrimiento del ya consumado ³⁶, los efectos materiales que la provocación al delito conlleva.

El delito provocado es considerado por el Tribunal Supremo, tanto desde el punto de vista de la técnica penal (por el carácter imposible de su producción), como desde el más fundamental principio constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución Española), y hasta de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 L.O.P.J.), como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente, y, por ello, impune ³⁷.

La consecuencia de la posición del Tribunal Supremo es que el agente provocador-policía, que provoca un delito de tráfico de drogas, realiza una actuación, una actividad, de la que no cabe exigir responsabilidades penales a los que han intervenido en él. El hecho es impune, tanto para el agente provocador como para el sujeto provocado.

Sostiene el Alto Tribunal que ante estos supuestos de provocación del delito, la conducta del agente provocador es impune porque éste obra sin el dolo que la inducción requiere, basándose en que ésta exige no sólo el ánimo de crear un propósito delictivo, sino que también es necesario que se alcance la consumación, y de ahí deduce que el inducido, el provocado, debe quedar impune.

La constante interpretación jurisprudencial olvida siempre la posible existencia de indicios de criminalidad en la conducta del agente provocador, y quiere que el provocado y provocador corran la misma suerte, la impunidad, porque «la argumentación no pretende tanto poner de relieve las carencias sistemáticas y funcionales de la forma de actuar del agente provocador y del pro-

35. Vid. la STC 137/88 de 7 de Julio, fundamento jurídico 4.

36. Por todas la STS de 16 de abril de 1999, expone, de forma nítida, la distinción entre delito provocado de aquella actuación en la que el delito, al menos en la modalidad de posesión preordenada al tráfico, era preexistente a la provocación policial, cuya actuación solamente puso al descubierto la posesión de drogas.

37. Como expresan, entre otras, las SSTS de 10 de julio y de 22 de diciembre de 1992, y la de 16 de abril de 1999: «delito controlado ex ante por la Policía Judicial».

vocado», sino que «incide únicamente en el resultado de la operación fallida»³⁸.

De esta forma, traslada el problema que se plantea de la responsabilidad del agente provocador y del sujeto provocado solamente a la responsabilidad de este último³⁹.

Como consecuencia, la posición jurisprudencial «se ha realizado al precio de enfrentar el delito provocado con las provocaciones policiales solamente por razones de carácter político criminal, que es la que le orienta»⁴⁰, que es lo que le permite establecer la barrera entre lo permitido y lo prohibido en una investigación criminal, olvidándose de la ponderación de los medios utilizados que traspasan o no el límite de la legalidad. Jamás se ha planteado condenar penalmente al agente provocador⁴¹.

Como ambas actuaciones aparecen enfrentadas ante el delito, debe precisarse, en función de ambas conductas, cuándo estamos ante una actuación abusiva por parte del agente provocador, y cuándo éste actúa en cumplimiento de sus funciones, por lo que habrá de estarse al supuesto de hecho concreto, y a la categoría de delito a la que induce el agente provocador⁴².

La doctrina jurisprudencial de la impunidad del agente provocador sí es aplicable a los delitos de resultado, porque éste no deja, al existir sólo tentativa, que el delito se consume, y, como consecuencia, este tipo de delitos sí que pueden determinar la impunidad del agente provocador.

Pero encuentra serias dificultades de aplicación en los delitos de peligro abstracto y de consumación anticipada, como es el de tráfico de drogas, ya que el delito se consume por el simple hecho de poseer la droga con la finalidad de destinarla al tráfico⁴³.

38. Vid. RUIZ ANTÓN, L. F., «La provocación policial como forma...», *o. c.*, p. 321.

39. Por todas la STS de 3 de marzo de 1998: «el efecto penal de tales conductas en la que no hay dolo independiente y autónomo en la persona provocada, es la consecuencia de la inmunidad de tal conducta».

40. Vid. RUIZ ANTÓN, L. F., «La provocación policial...», *o. c.*, p. 324, quien critica la posición jurisprudencial ya que entiende que la impunidad del provocador se debe a motivos de eficacia.

41. Así lo expone GARCIA VALDÉS, C., *El agente provocador en el tráfico de drogas*, colección jurisprudencia práctica, n. 117, Madrid 1996, p. 18.

42. Vid. RUIZ ANTÓN, L. F., «El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, 1982, p. 134: «quien trate de remitir la conjunta realización del hecho al marco del delito imposible del artículo 52 pa. 2 del CP, y por extensión al marco del delito absolutamente imposible, o a la tentativa irreal, incurren, al menos en el agente provocador, en una manifiesta contradicción sistemática, olvidan que es requisito imprescindible del delito imposible y del delito absolutamente imposible, e incluso de la tentativa irreal, la presencia en el sujeto de un momento subjetivo orientado a la plena realización del delito propuesto».

43. La STS de 18 de diciembre de 1989, que se refiere a un supuesto en donde la Guardia Civil del Servicio Antidroga utilizó a un agente encubierto para que se presentara

En algunos países de nuestro entorno, como ocurre en Alemania ⁴⁴, se sanciona tanto al que trafica de cualquier modo con drogas como al que las adquiere o se las procura de cualquier modo, incluso al simple tenedor de ellas. Sin embargo, nuestro Código Penal adopta una posición muy diferente porque sanciona como traficante a todo aquel que los posea con ánimo de traficar, a pesar de que el tráfico real de la droga no se haya efectuado.

El hecho de que el agente provocador detenga al provocado en el momento de la transmisión de la droga no implica que su conducta no esté exenta de responsabilidad.

En la provocación a un delito de tráfico de drogas nos encontramos con que se realizan todos los elementos del tipo del artículo 368 del Código Penal. El agente provocador es siempre la causa de ello, y es indiferente que la fase última de la entrega de la droga se materialice o no, ya que nos encontraríamos en un agotamiento del delito.

Además, también es indiferente la finalidad que persiga el provocador, pues ha conseguido, a través de su actuación, que con la conducta previa de posesión con finalidad de tráfico por parte del provocado, poner en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública.

Si se quiere respetar el principio del bien jurídico protegido, el hecho de inducir a otro a cometer un delito de tráfico de drogas ya de por sí implica poner en peligro el bien salud pública, que es el que se protege en la norma penal.

La consecuencia es que la conducta del agente provocador no debe ser nunca impune, y así lo sanciona el artículo 373 del Código Penal: «la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores».

La dicción legal es clara. A pesar de ser la Policía el agente provocador, es responsable penalmente, como provocador, de un delito de tráfico de drogas,

como posible comprador, concierta la compraventa y detiene al vendedor, declara que «su tenencia para el tráfico no viene determinada por la intervención de la Guardia Civil, actuando por medio de agente provocador, puesto que al contactar este con los procesados ellos ya conocían el hecho, introducción de la droga en la Península y de la tenencia con destino al tráfico por el recurrente, es decir, cuando los Agentes de la autoridad actúan el delito de contrabando y tenencia con destino al tráfico de esa importante cantidad de haschís ocupada ya se había cometido, por ello su actividad no fué de inducción a la comisión de delito alguno sino a la persecución y descubrimiento de delito ya cometido, lo que es propio de la función asignada al Instituto a que pertenece dicha fuerza». Y las SSTs de 19 de julio de 1995 y de 27 de febrero de 1999.

44. Vid. el par. 29 cit., de la Ley alemana de 28 de Julio de 1981, de Tráfico de Estupeficientes.

aunque persiga con su actuación una finalidad distinta a la del tráfico de drogas, puesto que ha logrado que un tercero cometa el delito.

Por ello, la misión de la Policía es otra (conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las respectivas Ordenanzas y Estatutos de cada cuerpo), no es provocar un delito con la finalidad de que esa conducta sea de condena para el provocado. Su misión tiene por finalidad, exclusivamente, el perseguir y descubrir a aquellos que han cometido o que están cometiendo un delito, razón por la que ante un supuesto de provocación delictiva, tal conducta debe ser enjuiciada y no quedar en la impunidad.