



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado

Carlos Castellví Monserrat

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Penal

EL DELITO PROVOCADO, EL AGENTE PROVOCADOR Y LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO

Director: Dr. Joan Josep Queralt Jiménez

CARLOS CASTELLVÍ MONSERRAT
BARCELONA, 2019

RESUMEN

El punto de partida de esta investigación es una construcción jurisprudencial denominada “delito provocado”. Esta figura delimita un conjunto de supuestos en los que un sujeto que comete una infracción penal debe ser absuelto. En la práctica forense, el más relevante de todos ellos es aquel en que un policía, haciéndose pasar por consumidor de sustancias estupefacientes, solicita a un tercero la adquisición de una determinada cantidad de droga para, posteriormente, detenerlo en el momento de la transacción. A pesar de la frecuencia con la que nuestros tribunales aplican el “delito provocado”, tanto los elementos que definen su contenido como las razones que lo fundamentan resultan extremadamente difusas. Precisamente, el objetivo de este trabajo es tratar de aclarar los motivos que subyacen a esta construcción jurisprudencial y, a través de ellos, definir y sistematizar los casos en que la “provocación” de un delito debería comportar la impunidad de su autor. Para lograr este propósito se examinan otras figuras de contornos similares propias de tribunales extranjeros. Mediante su comparación se delimita el concepto de agente provocador y se formula el problema de por qué y cuándo su actuación debería comportar la impunidad del sujeto provocado. Tras descartar otros argumentos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia, esta investigación culmina ofreciendo una fundamentación y delimitación de la impunidad del sujeto provocado que integra en su contenido la responsabilidad del agente provocador.

RESUM

El punt de partida d'aquesta investigació és una construcció jurisprudencial anomenada "delicte provocat". Aquesta figura delimita un conjunt de supòsits en què un subjecte que comet una infracció penal ha de ser absolt. A la pràctica forense, el més rellevant de tots aquests és aquell en què un policia, fent-se passar per consumidor de substàncies estupefaents, sol·licita a un tercer l'adquisició d'una determinada quantitat de droga per, posteriorment, detenir-lo en el moment de la transacció. Malgrat la freqüència amb la qual els nostres tribunals apliquen el "delicte provocat", els elements que defineixen el seu contingut així com les raons que el fonamenten resulten extremadament difuses. Precisament, l'objectiu d'aquest treball és tractar d'aclarir els motius subjacents a aquesta construcció jurisprudencial i, a través d'ells, definir i sistematitzar els casos en què la "provocació" d'un delicte hauria de comportar la impunitat del seu autor. Per tal d'aconseguir aquest propòsit s'examinen altres figures de contorns similars pròpies de tribunals estrangers. Mitjançant la seva comparació es delimita el concepte d'agent

provocador i es formula el problema de per què i quan la seva actuació hauria de comportar la impunitat del subjecte provocat. Després de descartar altres arguments proposats per la doctrina i la jurisprudència, aquesta investigació culmina tot oferint una fonamentació i delimitació de la impunitat del subjecte provocat que integra en el seu contingut la responsabilitat de l'agent provocador.

ABSTRACT

The starting point of this investigation is a case-law doctrine called “delito provocado”. This figure demarcates a set of cases in which a subject who commits a criminal offence must be acquitted. In legal practice, the most relevant case is that in which a police officer, posing as a narcotic drug user, requests a third party to purchase a certain quantity of drugs in order to arrest him at the time of the transaction. Despite the frequency with which the courts apply a “delito provocado”, both the elements defining its content and the reasons on which it is based are extremely diffuse. The aim of this work is to clarify the motives underlying this case-law doctrine and, through them, to define and systematize the cases in which the “provocation” of a criminal offence should lead to the impunity of its perpetrator. To achieve this purpose, other figures with similar contours typical of the courts of other countries are examined. By means of their comparison, the concept of entrapper (agent provocateur) is delimited and the problem of why and when their actions should lead to impunity of the entrapped is formulated. After rejecting other arguments proposed by criminal law scholarship and case-law, this investigation culminates by offering a foundation and delimitation of the impunity of the entrapped that integrates in its content the responsibility of the entrapper.

—ÍNDICE GENERAL—

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	9
I. INTRODUCCIÓN	15
1. UN RELATO FAMILIAR	15
2. DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA Y DEL PROBLEMA A LA SOLUCIÓN.....	17

—PRIMERA PARTE—

DEL DELITO PROVOCADO AL AGENTE PROVOCADOR

II. EL DELITO PROVOCADO COMO PUNTO DE PARTIDA.....	23
1. LOS LÍMITES DEL DELITO PROVOCADO	23
2. UNA INTUICIÓN RAZONABLE	27
2.1. Ausencia del elemento subjetivo	27
2.2. Ausencia del elemento material	28
2.3. Ausencia del elemento teleológico.....	29
2.4. El delito provocado como medio para descubrir otra infracción.....	30
2.5. Tres elementos razonables.....	31
3. LOS FUNDAMENTOS DEL DELITO PROVOCADO	33
4. EL ORIGEN DEL DELITO PROVOCADO	38
5. UNA CRÍTICA LÓGICA Y METODOLÓGICA.....	41
6. ALGUNOS PROBLEMAS SIN RESOLVER	47
6.1. Problemas relativos al alcance del elemento subjetivo	47
6.1.1. La iniciativa delictiva	48
6.1.2. La peligrosidad del autor	52
6.2. Problemas relativos a las consecuencias del delito provocado.....	57
6.2.1. Las infracciones descubiertas	57
6.2.2. El exceso.....	60
6.3. Problemas relativos al alcance del elemento material	61
6.3.1. El riesgo para el bien jurídico	62
6.3.2. Delito provocado de peligro presunto	64
7. UN PROBLEMA ADICIONAL: EL DELITO COMPROBADO Y LAS SOSPECHAS	66
8. CONCLUSIONES PARCIALES	74
III. UNA INTUICIÓN COMPARTIDA	75
1. EL ENTRAPMENT NORTEAMERICANO	77
1.1. La variante subjetiva	78
1.2. La variante objetiva.....	83
1.3. La variante constitucional	93
2. LA PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA DOCTRINA DEL TEDH	95
3. LA UNZULÄSSIGE TATPROVOKATION	106
4. EL ENTRAPMENT INGLÉS.....	123
5. EL ENTRAPMENT CANADIENSE.....	129
6. DOS APROXIMACIONES LEGALES	134
7. UNA VISIÓN COMPARADA	136
7.1. Diferencias en la delimitación	136
7.1.1. El criterio de la peligrosidad	136
7.1.2. El criterio del estado mental	137
7.1.3. Una aclaración: peligrosidad y estado mental	138
7.1.4. El criterio de las sospechas	140

7.1.5. El criterio de la condición personal	143
7.1.6. El criterio del riesgo para el bien jurídico	143
7.2. <i>Dos puntos en común</i>	145
7.3. <i>Diferencias en las consecuencias</i>	147
7.4. <i>Una consecuencia común</i>	148
8. CONCLUSIONES PARCIALES	149
IV. EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR	151
1. EL AGENTE PROVOCADOR Y EL SUJETO PROVOCADO COMO BASES METODOLÓGICAS	151
2. EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR EN LA DOCTRINA	154
3. DISTINTAS PREGUNTAS: DISTINTAS RESPUESTAS	162
4. LA NATURALEZA DEL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR	168
5. ALGUNOS PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	173
6. UN CONCEPTO ANÁLOGO	177
7. RECAPITULACIÓN: EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA	180
8. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES	183
8.1. <i>El agente encubierto y las infiltraciones policiales</i>	183
8.1.1. Conceptos	183
8.1.2. Puntos de convergencia	195
8.1.2.1. Agente provocador e infiltración policial	196
8.1.2.2. Agente provocador e infiltración policial de corta duración	197
8.1.2.3. Delito comprobado e infiltración policial de corta duración	199
8.1.2.4. Agente provocador y agente encubierto	202
8.1.3. Un último problema: el agente encubierto informático	212
8.2. <i>La circulación o entrega vigilada</i>	219
9. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE: DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA	226

—SEGUNDA PARTE—

DEL AGENTE PROVOCADOR A LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO

V. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR COMO PRESUPUESTO	231
1. CONTRIBUCIÓN Y TIPICIDAD	233
1.1. <i>El fundamento de la participación</i>	234
1.1.1. Las teorías de la corrupción	236
1.1.2. Las teorías del favorecimiento	240
1.2. <i>El contenido de la participación</i>	242
1.2.1. Tentativas	242
1.2.2. Delitos con elementos subjetivos del injusto	248
1.2.3. Delitos de peligro	253
1.2.4. Delitos contra bienes jurídicos propios	262
2. CASTIGO Y JUSTIFICACIÓN	266
2.1. <i>Estado de necesidad</i>	266
2.2. <i>Cumplimiento de un deber</i>	269
3. CONCLUSIONES PARCIALES	273
VI. FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO	275
1. EL ARGUMENTO DE LA VOLUNTARIEDAD	276
2. EL ARGUMENTO DE LA PELIGROSIDAD	283
3. EL ARGUMENTO DE LA NECESIDAD DE PENA	293
4. EL ARGUMENTO DE LOS RECURSOS	299
5. EL ARGUMENTO DE LA PERCEPCIÓN SOCIAL	305

6. EL ARGUMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	307
6.1. <i>Consideraciones preliminares</i>	307
6.1.1. Los derechos fundamentales restringidos	307
6.1.2. La justificación de la restricción	311
6.2. <i>La autodeterminación informativa</i>	318
6.2.1. Contenido y anclaje constitucional de la autodeterminación informativa	319
6.2.2. Infiltraciones policiales, autodeterminación informativa e intimidad	325
6.2.3. El agente provocador, la autodeterminación informativa y la intimidad	341
6.3. <i>El derecho a no autoincriminarse</i>	345
6.4. <i>Dignidad y libre desarrollo de la personalidad</i>	361
6.5. <i>Tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, Estado de Derecho, y función de la policía</i>	364
7. CONCLUSIONES PARCIALES	370
VII. LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO A PARTIR DEL ARGUMENTO DE LA LEGITIMIDAD	371
1. UNA REFERENCIA COMÚN: LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS	373
2. UNA ANALOGÍA ESTRUCTURAL: LA PROVOCACIÓN A LA AGRESIÓN EN LA LEGÍTIMA DEFENSA ..	379
2.1. <i>Los límites de la provocación a la agresión</i>	379
2.2. <i>El fundamento de la provocación a la agresión</i>	384
3. LAS CONDICIONES DEL REPROCHE Y LA FILOSOFÍA MORAL	393
3.1. <i>La objeción de la comunidad</i>	395
3.2. <i>La objeción de la hipocresía</i>	399
3.3. <i>La objeción de la complicidad</i>	404
3.4. <i>Tres objeciones: tres presupuestos del reproche</i>	412
4. COMUNIDAD, HIPOCRESÍA Y COMPLICIDAD EN DERECHO PENAL: UNA APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL	416
5. LA PENA COMO EXPRESIÓN DE REPROCHE Y LAS PRECONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	427
6. LA OBJECCIÓN DE LA COMPLICIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO	432
7. EL ELEMENTO DE LA PROVOCACIÓN	437
7.1. <i>El favorecimiento voluntario</i>	437
7.2. <i>Las infracciones descubiertas</i>	442
7.3. <i>Provocaciones, injerencias en derechos fundamentales e infracciones descubiertas</i>	445
7.4. <i>El exceso</i>	451
8. EL ELEMENTO DE LA IMPUTACIÓN AL ESTADO	457
8.1. <i>Particulares y funcionarios públicos</i>	457
8.2. <i>Provocaciones prohibidas</i>	464
8.3. <i>Provocaciones antijurídicas e injerencias delictivas en derechos fundamentales</i>	478
8.4. <i>El engaño</i>	484
9. EL ELEMENTO DE LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN	486
9.1. <i>Provocaciones a la agresión, provocaciones imputables al Estado y justificación</i>	487
9.2. <i>Provocaciones justificadas y agente encubierto</i>	490
9.3. <i>Provocaciones justificadas y entrega vigilada</i>	494
10. CATEGORÍA SISTEMÁTICA	497
11. ANCLAJE POSITIVO	504
12. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE: DEL PROBLEMA A LA SOLUCIÓN	511
VIII. CONCLUSIONES FINALES	515
BIBLIOGRAFÍA	529

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
(A)AAP	Auto(s) Audiencia Provincial
AC	Appeal Cases
ADH	Anuario de Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AFDUA	Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)
AFDUE	Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad Extremadura)
AG	Amtsgericht
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Código civil
CDP	Cuadernos de Derecho Público
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales
CEFD	Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho
Cfr.	Confróntese

CGC	Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Diss.	Disertación
DTEDH	Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
Et al.	Et alii
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JPD	Jueces Para la Democracia
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
L	Ley
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJPAC	Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
LL	Revista jurídica española La Ley
LLP	Revista jurídica española La Ley Penal
MDR	Monatszeitschrift des Deutschen Rechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
núm.	número
öStPO	Österreichische Strafprozessordnung
pág./págs.	página(s)
párr.	párrafo
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RAP	Revista de Administración Pública
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDUNED	Revista de Derecho UNED
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJCL	Revista Jurídica de Castilla y León
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RP	Revista Penal
RPJ	Revista del Poder Judicial

(S)SAN	Sentencia(s) Audiencia Nacional
(S)SAP	Sentencia(s) Audiencia Provincial
(S)STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
(S)STEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
(S)STP	Sentencia(s) del Juzgado de lo Penal
(S)STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
(S)STSJ	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
SCR	Supreme Court Reports (Canadá)
ss.	Siguientes
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
StV	Strafverteidiger
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	traductor
TRC	Teoría y Realidad Constitucional
TS	Tribunal Supremo
U.S.	Estados Unidos de América
UKHL	United Kingdom House of Lords
Vid.	Véase
vol.	volumen
VWF	Verlag für Wissenschaft und Forschung

WLR	Weekly Law Reports
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	Zeitschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. INTRODUCCIÓN

1. Un relato familiar

El padre recibe una invitación para acudir a un importante acontecimiento deportivo. Tras unos minutos de júbilo, recuerda que ese mismo día se había comprometido a llevar a su hijo de excursión. Para eludir el compromiso familiar, urde un plan. El hijo tiene prohibido jugar a la consola entre semana. Ya había sido advertido en diversas ocasiones de que incumplir dicha prohibición comportaría un castigo ejemplar: quedarse sin excursiones. Sabiendo que su hijo no podrá resistir la tentación, el padre deja la consola conectada al televisor con su juego favorito (normalmente la consola se encuentra guardada en un armario para evitar esa clase de tentaciones). Para facilitar las cosas, el padre comunica a su hijo que deberá ausentarse un par de horas, durante las cuales no habrá ningún adulto en la casa. Tras cinco minutos, el padre regresa con el pretexto de haber olvidado algo y, tal como esperaba, descubre al hijo jugando a la consola. Como consecuencia de dicho descubrimiento, el padre castiga al hijo y lo deja sin la excursión programada.

El castigo impuesto por el padre en el ejemplo previo produce cierto rechazo. Intuitivamente, un observador ajeno al mismo tendería a estimarlo como ilegítimo. No obstante, el hijo ha incumplido voluntariamente la prohibición de jugar a la consola entre semana. Si únicamente nos fijamos en la conducta del hijo, el castigo parece merecido. Si la consola hubiera estado conectada por casualidad y la ausencia del padre (junto con su posterior retorno precipitado) estuviera motivada por otras razones, el hijo podría ser legítimamente reprobado. La existencia de una oportunidad idónea para jugar sin ser descubierto no justifica en absoluto su conducta. Tampoco le resta un ápice de responsabilidad el hecho de que su incumplimiento haya sido inducido. Si su hermano le hubiera incitado para jugar conjuntamente con él, no se cuestionaría el castigo del hijo, simplemente, se castigaría también al hermano. Por otra parte, el engaño que ha sufrido el hijo, en sí mismo, tampoco parece restarle legitimidad a su reprimenda. Si su hermana, como venganza por una pelea previa, hubiera conectado la consola y ocultado el inminente regreso del padre, nuestra visión sobre el castigo del hijo no cambiaría, con independencia del eventual reproche que ella mereciera. Nuestra percepción acerca de la legitimidad del castigo solo varía al ampliar el punto de mira y contemplar el comportamiento del hijo en relación con la doble posición que ha adoptado el padre en esta historia. El padre ha contribuido voluntariamente al incumplimiento de su hijo y luego lo ha castigado por ello. El mismo sujeto que reprocha ha contribuido a la conducta reprochada. De ahí deriva la percepción de ilegitimidad.

Unas horas más tarde, llega la madre a casa y descubre lo ocurrido. Tras encontrar las entradas del padre en un cajón y ver que las fechas coincidían con la excursión de su hijo, ata cabos rápidamente. Inmediatamente, reprende al padre su comportamiento y veta su asistencia al evento deportivo rompiéndole las entradas. No obstante, tras meditarlo durante unos minutos, decide mantener el castigo impuesto al hijo. Al fin y al cabo, ha desobedecido el mandato de no jugar a la consola entre semana. Así pues, el día señalado el padre se queda sin asistir al acontecimiento deportivo y el hijo sin excursión.

Nuestra visión acerca del castigo del hijo, que hasta hace un momento considerábamos ilegítimo, cambia rápidamente cuando entra la madre en escena. Desde el momento en que el padre también es “castigado” por su conducta, la madre está en disposición de reprender legítimamente al hijo. En efecto, la madre no ha contribuido de ninguna manera a la conducta que reprocha y, por tanto, no se encuentra en la misma situación que el padre de cara a efectuar dicho reproche. No obstante, lo que hace variar nuestra consideración en torno a la legitimidad del castigo del hijo no es, únicamente, que el reproche ahora lo efectúe la madre en vez del padre. Si la madre hubiera actuado en connivencia con el padre —dando su beneplácito al plan efectuado— no podría castigar legítimamente a su hijo aunque ella no hubiera contribuido directamente a favorecer su desobediencia. Al tolerar la conducta del padre, la madre se coloca en su misma posición respecto al hijo. Solo cuando la madre desautoriza al padre y censura su conducta —rompiéndole las entradas— puede distanciarse de la contribución efectuada por su marido y situarse en posición de reprender legítimamente el incumplimiento del hijo. Es decir, la madre solamente podrá castigar legítimamente al hijo en tanto que también castigue al padre. *El castigo del padre condiciona la legitimidad del castigo del hijo.* Por ello, no tiene sentido analizar el reproche que se dirige al hijo al margen del tratamiento que reciba la conducta del padre. Ambas cuestiones están relacionadas y, por ello, deben ser examinadas conjuntamente. Un estudio acerca del castigo del hijo sería incompleto si no abarcara el análisis del eventual castigo del padre.

2. De la solución al problema y del problema a la solución

La elección del título de la presente investigación requiere una explicación. Dicha rúbrica está compuesta por tres referencias: “el delito provocado”, “el agente provocador” y “la impunidad del sujeto provocado”. Estas referencias delimitan el contenido de las dos partes de la tesis y, a su vez, se corresponden con su inicio, ecuador y final. Precisamente por ello, la primera parte de este trabajo se denomina “*Del delito provocado al agente provocador*” y la segunda “*Del agente provocador a la impunidad del sujeto provocado*”. La idea que trata de ilustrarse mediante ambos títulos es la siguiente: mientras que en la primera parte se toma como referencia una determinada solución (el delito provocado) para hacer abstracción del problema que subyace a ella (el agente provocador), en la segunda se parte de dicho problema (el agente provocador) para finalmente ofrecer una solución al mismo (la impunidad del sujeto provocado). De este modo, se pone de manifiesto la estructura circular de este trabajo —pues empieza y culmina con la solución a un problema— y, sobre todo, los distintos propósitos que persiguen cada una de sus partes.

Así pues, el punto de partida de esta investigación es una construcción jurisprudencial denominada “delito provocado”. Esta figura delimita un conjunto de supuestos en los que un sujeto que comete una infracción penal debe ser absuelto. En la práctica forense, el más relevante de todos ellos es aquel en que un policía, haciéndose pasar por consumidor de sustancias estupefacientes, solicita a un tercero la adquisición de una determinada cantidad de droga para, posteriormente, detenerlo en el momento de la transacción. Ahora bien, el ámbito que abarca esta construcción es mucho más amplio y no se limita, ni mucho menos, a los delitos contra la salud pública. En este sentido, la concurrencia de los elementos que caracterizan esta figura permite dejar sin castigo cualquier clase de infracción penal. No obstante, tanto la delimitación de dichos elementos como las razones que fundamentan su contenido resultan extremadamente difusas. Ello conlleva que, en última instancia, las resoluciones judiciales que aplican el “delito provocado” sean poco previsibles y muy casuísticas. Precisamente, el objetivo de este trabajo es tratar de aclarar los motivos que subyacen a esta construcción jurisprudencial y, a través de ellos, definir y sistematizar los casos en que la “provocación” de un delito debería comportar la impunidad de su autor.

A estos efectos, la existencia en el ámbito internacional de numerosas figuras de contenido análogo al delito provocado no puede resultar indiferente. Por ello, tras abordar la construcción jurisprudencial española se procederá al análisis crítico de dichas figuras. En particular, se examinarán las construcciones jurisprudenciales propias del Tribunal

Supremo estadounidense (*entrapment* norteamericano), el TEDH (provocación policial), el BGH (*unzulässige Tatprovokation*), la Cámara de Lores (*entrapment* inglés), y el Tribunal Supremo de Canadá (*entrapment* canadiense), así como las respectivas previsiones legales de Austria y Uruguay. Todas estas figuras tienen fundamentos y límites distintos pero, al mismo tiempo, coinciden en absolver al autor de un delito favorecido por alguien que pretendía obtener su castigo. Aunque dicha absolución se condicione a la concurrencia de otras circunstancias, que varían de una construcción a otra, sus contornos siempre se definen a partir de dos elementos: uno referido a la acción de un tercero —una contribución al delito correspondiente— y otro que alude a la finalidad perseguida por este —lograr la represión penal del autor—. Al constituir ambos elementos el común denominador de las figuras mentadas (incluyendo la del delito provocado), sus respectivos fundamentos y límites pueden ser comprendidos como distintas soluciones al problema de ¿por qué y cuándo favorecer un delito para lograr el castigo de otro debería comportar la impunidad de su autor? En última instancia, este será el problema que tratará de solventarse en la segunda parte de esta investigación.

No obstante, antes de ello, en el último capítulo de la primera parte se delimitará un concepto operativo apto para plasmar el problema esbozado. Tal y como ya se ha avanzado, este será el de agente provocador. Dicho concepto presupondrá la existencia de alguien —el sujeto provocado— que comete un delito favorecido por otro —el agente provocador— con el fin de obtener su represión. De este modo, al caracterizar ambos sujetos, el objetivo del presente trabajo podrá ser reformulado en los siguientes términos: determinar por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la absolución del sujeto provocado. Esto es, en definitiva, fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado. En todo caso, debido a la gran variedad de definiciones doctrinales de agente provocador y su frecuente confusión con otras figuras de contornos similares (agente encubierto, infiltrado, etc.), este capítulo finalizará con algunas aclaraciones de carácter metodológico y conceptual.

La segunda parte de este trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos se aborda una cuestión que, pese a constituir el reverso del problema planteado, condicionará su resolución. Esta es, la de cuándo debe responder penalmente el agente provocador. Aunque tradicionalmente la delimitación de dicha responsabilidad ha constituido un fin en sí mismo para la doctrina jurídico-penal, en esta investigación se empleará como medio para, posteriormente, definir los límites de la impunidad del sujeto provocado. En cualquier caso, teniendo en cuenta que la conducta que caracteriza esta figura consiste en favorecer un delito para lograr la punición de otro, el análisis de su responsabilidad se

dividirá en dos apartados. Así, en primer lugar, se delimitará cuándo una contribución a la realización de un delito resulta típica. Sobre esta base, en segundo lugar, se determinará cuándo la finalidad de obtener el castigo de otro puede justificar una conducta típicamente relevante. De este modo, los límites de la responsabilidad penal del agente provocador se definirán positivamente mediante la tipicidad de su favorecimiento y negativamente a través de la eventual justificación derivada de sus propósitos. Ello significa, en definitiva, que el agente provocador deberá responder cuando su contribución al delito resulte típica y la finalidad de obtener el castigo de otro no justifique dicha contribución.

En el posterior capítulo de la segunda parte tratarán de rebatirse los diferentes argumentos empleados por la doctrina y la jurisprudencia para fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado. Es decir, las distintas respuestas que, hasta el momento, se han ofrecido a la pregunta de ¿por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la absolución del sujeto provocado? Dichas respuestas resultan muy heterogéneas entre sí y, como se verá, identifican el motivo que subyace a la impunidad del sujeto provocado en el ámbito propio de disciplinas dispares. En todo caso, a través de su análisis individualizado se pondrán de relieve las razones que impiden suscribir las para, de este modo, concluir que la solución al problema planteado debe ser otra distinta.

Así, el círculo no se cerrará hasta que, en el último capítulo, se proponga un argumento que permita explicar satisfactoriamente por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado. Solo entonces se pondrá de manifiesto la relevancia de, por un lado, la idea que ha tratado de ilustrarse metafóricamente mediante el relato familiar expuesto al inicio y, por el otro, los límites de la responsabilidad del agente provocador. Finalmente, la fundamentación y delimitación desarrollada en este capítulo será empleada para resolver los supuestos que más controversia generan en nuestra jurisprudencia. De este modo, la investigación culminará en el mismo lugar que ha comenzado.

Tanto el contenido como el título de los capítulos de la presente investigación se corresponden con el *iter* que acaba de esbozarse. No obstante, antes de concluir la introducción de este trabajo, conviene señalar que su objeto de estudio ha despertado un interés muy limitado en la doctrina española. Probablemente, el hecho de encontrarse en una zona limítrofe a varias disciplinas ha contribuido a ello. En cualquier caso, el escaso número de aportaciones doctrinales sobre esta temática —al menos, en lengua castellana— se contraponen a su gran relevancia jurisprudencial. El desajuste entre lo uno y lo otro motivó que, hace unos años, publicara una monografía en la que trataba de identificar los problemas más destacables que plantea la aplicación del “delito

provocado” por parte de nuestros tribunales¹. Las principales conclusiones allí obtenidas están plasmadas en el capítulo que da inicio a esta investigación y, en esencia, constituyen su punto de partida.

¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *El delito provocado: límites y fundamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

—PRIMERA PARTE—
DEL DELITO PROVOCADO AL AGENTE PROVOCADOR

II. EL DELITO PROVOCADO COMO PUNTO DE PARTIDA

1. Los límites del delito provocado

El delito provocado es una construcción jurisprudencial que delimita un conjunto de supuestos en los que un sujeto que comete una infracción penal no debe responder por ella. El ámbito que abarca esta figura lo determina nuestro Tribunal Supremo a partir de tres elementos: “a) *Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir; b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido; c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido*”². De este modo, los casos en que una persona comete un delito que no tenía previamente decidido realizar, a resultas de la incitación de otro sujeto —elemento subjetivo— que persigue obtener su represión penal —elemento objetivo teleológico— y que mediante su intervención ha excluido el riesgo que pudiera concurrir para el bien jurídico protegido —elemento material— quedan incluidos dentro de esta categoría, que comporta la impunidad de quien ha llevado a cabo el delito³.

Los hechos probados de la STS de 21-9-1991 muestran un ejemplo ilustrativo de delito provocado: a) *Ante la sospecha de que algunos funcionarios de Policía, destinados en la frontera de la Farga, pudieran percibir cantidades de dinero por permitir el paso de vehículos sin efectuar controles sobre sus ocupantes y contenido, dos inspectores de policía de incógnito se presentan ante ellos y les ofrecen dinero para tal fin. Tras una breve negociación, los policías tentados aceptan un soborno a cambio de dejar pasar el vehículo sin llevar a cabo ningún control. Momentos después otros funcionarios policiales que seguían la operación proceden a su detención.* En este caso, los policías destinados en la frontera realizaron un delito de cohecho pasivo a causa de una incitación de varios funcionarios (elemento subjetivo) que perseguían obtener su castigo (elemento objetivo teleológico) sin poner en peligro el bien jurídico protegido (elemento material). Por ello,

² SSTS 427/2013, de 10-5; 395/2014, de 13-5; 253/2015, de 24-4.

³ Se ha de destacar que la formulación de los tres elementos del delito provocado que efectúa actualmente el Tribunal Supremo coincide con la propuesta realizada más de 30 años atrás por RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ADPCP, núm. 1, 1982, págs. 123 y ss. cuando caracterizaba la por entonces incipiente teoría del delito provocado. Sin embargo, curiosamente la denominación que propuso entonces RUIZ ANTÓN ha sufrido una inversión: el elemento que este autor denominó objetivo es hoy en día el elemento subjetivo para el Tribunal Supremo, y el elemento que calificó como subjetivo es el objetivo teleológico para nuestra jurisprudencia. De forma aislada, en la STS 2470/2001, de 27-12, se utiliza la misma nomenclatura que RUIZ ANTÓN y, como consecuencia de ello, también lo hacen diversas Audiencias Provinciales que reproducen el texto de la misma. Vid. en este sentido SSAP Girona —sección 3ª— 597/2004, de 7-7; Madrid —sección 5ª— 49/2005, de 30-3; Cádiz —sección 3ª— 142/2005, de 27-9; Girona —sección 4ª— 229/2008, de 24-4; Sevilla —sección 4ª— 305/2014, de 9-6; Guipúzcoa —sección 1ª— 283/2014, de 18-11; Madrid —sección 5ª— 56/2015, de 26-6.

se apreció un delito provocado y los policías que recibieron el soborno fueron absueltos del delito de cohecho que se les imputaba.

La jurisprudencia española nunca ha exigido que el sujeto que incita a la comisión de un delito provocado reúna alguna clase de condición personal. Dicho sujeto puede ser un policía, un confidente o colaborador policial⁴ o, incluso, un particular sin conexión con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Lo único relevante para que su conducta pueda generar un delito provocado es que persiga obtener el castigo del sujeto al que incita sin poner en riesgo el bien jurídico protegido. Así, aunque lo más frecuente es que dicha incitación sea llevada a cabo por un agente de policía, no faltan supuestos en los que detectives privados o simples ciudadanos se convierten en instigadores de un delito provocado.

En la jurisprudencia de nuestro país pueden encontrarse numerosos ejemplos de detectives privados que, al margen de cualquier tipo de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, incitan a los encargados de determinados establecimientos comerciales a cometer delitos contra la propiedad intelectual de los clientes que les han contratado para, posteriormente, interponer denuncia o querrela por las infracciones favorecidas⁵. En tanto que su incitación no ponga en peligro el bien jurídico protegido —cosa que no ocurre en estos casos por existir consentimiento de la víctima— no habrá ningún obstáculo para que su conducta dé lugar a un delito provocado. El supuesto de hecho al que se enfrentó la SAP Málaga —sección 3^a— de 19-9-2001 es representativo de esta clase de proceder: *b) El Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) contrató como señuelo a un investigador privado para acudir a diversos establecimientos solicitando que le hicieran fotocopias de libros. A tal efecto, dicho investigador se personó en una copistería y consiguió que el encargado le fotocopiara varios manuales con derechos de autor. A raíz de ello, CEDRO interpuso una querrela por un delito contra la propiedad intelectual. En este supuesto, el encargado de la copistería cometió un delito contra la propiedad intelectual a resultas de la incitación del detective privado (elemento subjetivo) que pretendía con ello lograr su castigo (elemento objetivo teleológico) sin poner en riesgo el bien jurídico protegido (elemento material). En consecuencia, aunque el instigador fuera un particular,*

⁴ El colaborador policial que incita a un delito provocado puede actuar tanto por indicación de la policía como por iniciativa propia. Tal como indica la STS 253/2015, de 24-4 “no es relevante que se trate de alguien que lo hace colaborando ya con la policía; o de quien lo hace con la intención inequívoca clara y firme de colaborar con la policía para abortar esa operación concreta que él ideó y que ha conseguido que otro asuma”. Lo único relevante es que el objetivo de su actuación sea obtener el castigo del sujeto al que incita sin poner en riesgo el bien jurídico. Si la incitación no se llevó a cabo con ese propósito, y la colaboración con la policía surge en un momento posterior por otros motivos —por ejemplo, arrepentimiento— no podrá apreciarse un delito provocado.

⁵ SSAP Granada —sección 2^a— 472/1996, de 25-9; Granada —sección 1^a— 226/2000, de 1-4; Valencia —sección 4^a— 336/2000, de 29-12; Castellón —sección 3^a— 56/2003, de 27-2; Sevilla —sección 3^a— 524/2003, de 17-10; Navarra —sección 1^a— 7/2011, de 27-1; Cáceres —sección 2^a— 249/2015, de 1-6.

se estimó que concurría un delito provocado y el encargado de la copistería fue absuelto de la infracción contra la propiedad intelectual objeto de la querrela.

A lo largo de la historia de esta construcción jurisprudencial, los tribunales han discutido acerca de la concurrencia de esta figura en numerosos ámbitos delictivos⁶. Sin embargo, las tipologías delictivas en las que efectivamente se ha apreciado un delito provocado han sido relativamente pocas. Salvo contadas excepciones⁷, la aplicación de esta doctrina se ha circunscrito a delitos de cohecho, contra la propiedad intelectual y, sobre todo, contra la salud pública. Este último ámbito ha sido donde más se ha aplicado la doctrina del delito provocado. La inmensa mayoría de sentencias posteriores a los años setenta que aprecian un delito provocado se refieren a casos de tráfico de drogas. El supuesto de hecho prototípico de estas resoluciones son las *compras simuladas de drogas*.

Las compras simuladas de drogas son supuestos en los que un sujeto se presenta ante otro como un aparente comprador de sustancias estupefacientes para detenerle posteriormente si satisface su solicitud. La SAP Guipúzcoa —sección 2ª— de 12-5-2000 ofrece un buen ejemplo de esta forma de actuar: *c) Mª Ascensión fue abordada por unos agentes de la Policía de paisano que le manifestaron la intención de comprar 100.000 pesetas de droga. Tras comentarles que no tenía, se ofreció a buscarla y traerla, poniéndose en contacto con una tercera persona para adquirirla. Cuando volvió con la droga al lugar donde se encontraban los agentes de paisano fue inmediatamente detenida. En este supuesto, Mª Ascensión fue absuelta del delito de tráfico de drogas del que se le acusaba por haber sido incitada al mismo (elemento subjetivo) por un policía que tenía intención de detenerla (elemento objetivo teleológico) sin que la salud pública fuera puesta en peligro (elemento material).*

⁶ Nuestra jurisprudencia ha discutido acerca de la concurrencia de un delito provocado en delitos de estafa (STS de 15-6-1956), receptación (STS de 2-11-1989; SAP Córdoba —sección 2ª— 16/1998, de 3-3), contrabando (SSTS 1111/1998, de 30-9; 25/2002, de 18-1), falsedades (SAP León —sección 3ª— 153/2006, de 5-9), aborto (STS 793/2013, de 28-10), asesinato (STS 496/2016, de 9-6), intrusismo (SAP La Rioja 82/1998, de 10-3; SAP Valencia —sección 4ª— 25/1999, de 8-2; SAP Navarra —sección 3ª— de 71/2003, de 8-4), cohecho (SSTS 702/1997, de 20-5; 2349/2001, de 12-12; 1817/2002, de 6-11; 690/2010, de 1-7), hurto (STS de 22-6-1950), robo (STS 1247/1997, de 20-10; SAP Girona —sección 3ª— 194/2003, de 8-4), falsedades (STS 1126/2010, de 27-12), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (SSTS 351/1996, de 25-4; 674/2009, de 20-5; 1155/2010, de 1-12), delitos contra la seguridad del tráfico (SAP Girona —sección 3ª— 1079/2005, de 30-11; SAP Barcelona —sección 8ª— 375/2006, de 11-5), delitos contra la propiedad intelectual y, por supuesto, delitos contra la salud pública. Incluso se ha llegado a aplicar esta figura en la jurisdicción contencioso-administrativa (STSJ La Rioja —sección 1ª— 191/2016, de 10-6, apreciando una infracción administrativa provocada en materia de medicamentos) y en la laboral (STSJ Sevilla —sección 1ª— 2266/2016, de 14-9, trasladando los efectos de esta doctrina al despido disciplinario).

⁷ STS 22-6-1950; AAP León —sección 3ª— 153/2006, de 5-9; SAP Tarragona —sección 2ª— 508/2009, de 23-11; respecto a delitos de hurto, falsedades y contra la seguridad vial respectivamente.

En todo caso, conviene resaltar que el concepto de delito provocado prejuzga las consecuencias jurídicas vinculadas a su apreciación. En particular, *la impunidad del sujeto que ha delinquido a causa de la incitación engañosa*. La delimitación del concepto de delito provocado es la delimitación del ámbito en que dicho sujeto carecerá de responsabilidad penal. Así, de acuerdo con la jurisprudencia española, los elementos subjetivo, objetivo teleológico y material, constituyen los límites de una figura —el delito provocado— que determina la absolución de quien ha cometido una infracción penal.

2. Una intuición razonable

Antes incluso de analizar cuál es el fundamento jurisprudencial del delito provocado —esto es, la razón por la que los tribunales absuelven al sujeto que ha delinquido al estimar esta figura— puede percibirse que sus límites conducen a *resultados intuitivamente razonables*. Cuando concurren los tres requisitos del delito provocado, la absolución parece, *a priori*, una solución aceptable. Así, en los casos expuestos en el apartado anterior —a), b) y c) —, el castigo de los sujetos incitados tiende a producir cierto rechazo. En cambio, cuando falta alguno de esos tres elementos —cualquiera de ellos— la percepción cambia y la impunidad deja de parecer un remedio adecuado. Veámoslo a través de cuatro ejemplos en los que no concurre un delito provocado por faltar alguno de sus elementos.

2.1. Ausencia del elemento subjetivo

d) Dos agentes de policía de paisano observan que Julio y Bartolomé se encuentran introducidos dentro de una cabina telefónica con actitud vigilante y sin llamar por teléfono a pesar de su ubicación. Dicha situación despierta sospechas en los policías, que deciden introducirse en un cajero automático a escasa distancia de la cabina telefónica, y desde donde podían ser perfectamente vistos por ellos, simulando extraer dinero del mismo. Al salir del cajero, son abordados por Julio y Bartolomé, quienes les exigen la entrega del dinero extraído en el cajero, mientras les muestran dos navajas. En ese momento, los agentes se identifican como policías y exhiben sus pistolas reglamentarias, lo cual provoca la entrega inmediata y sin resistencia de Julio y Bartolomé⁸.

En este supuesto pueden apreciarse los requisitos objetivo teleológico —en adelante, simplemente, teleológico— y material del delito provocado: los policías han actuado con intención de detener y castigar a Julio y Bartolomé por una tentativa de robo con intimidación (elemento teleológico) y mediante su actuación no han puesto en riesgo bien jurídico alguno (elemento material). Sin embargo, no concurre el *elemento subjetivo* del delito provocado: entrar a un cajero y simular sacar dinero no puede interpretarse como una incitación a delinquir dirigida a quien no está previamente decidido a ello. Por ello, en este caso no podría apreciarse un delito provocado y, en consecuencia, Julio y Bartolomé deberían ser castigados por una tentativa (inidónea) de robo con intimidación.

Pues bien, en este caso, sancionar a Julio y Bartolomé por una tentativa de robo parece razonable. Los policías de paisano únicamente han entrado en un cajero y han simulado

⁸ Este caso se corresponde esencialmente con el supuesto de hecho analizado en la STS 1247/1997, de 20-10.

sacar dinero. Julio y Bartolomé ya estaban previamente concertados y preparados para el atraco. Su determinación previa a delinquir hace que, *a priori*, dejarlos sin castigo resulte inadecuado. En este sentido, *la no concurrencia del elemento subjetivo del delito provocado parece justificar que la solución absolutoria sea descartada.*

Si en este supuesto los policías hubieran adoptado un rol más activo en la promoción del atraco, la percepción sobre el castigo de Julio y Bartolomé sería diferente. Veámoslo modificando un poco el caso: imaginemos que un policía de incógnito se dirige a Julio y Bartolomé para ofrecerles una cuantiosa suma de dinero a cambio de atracar a dos conocidos suyos y arrebatarles las joyas que portan. Dichos conocidos son, en realidad, dos agentes de policía que actúan en connivencia con el primero y que están perfectamente preparados para repeler la agresión. Cuando Julio y Bartolomé intentan llevar a cabo el robo, los agentes se identifican como policías y, tal como tenían planeado, proceden a su detención. En un supuesto de estas características, castigar a Julio y Bartolomé parece inadecuado. Aunque la última parte de esta historia coincide totalmente con el caso inicial (un intento de atraco a dos policías que pretenden detener a los atracadores) el hecho de que haya existido una incitación previa parece modificar la percepción sobre el castigo de Julio y Bartolomé.

2.2. Ausencia del elemento material

e) Unos policías de paisano le ofrecen a Juan 100.000€ euros por matar a un sujeto. Juan comete el asesinato e inmediatamente después es detenido por los agentes que le ofrecieron el dinero.

En este ejemplo convergen los requisitos subjetivo y teleológico: la policía ha incitado de forma engañosa a Juan a cometer un asesinato (elemento subjetivo) con el objetivo de detenerlo posteriormente por ello (elemento teleológico). No obstante, falta el *elemento material*: el asesinato se ha consumado y, por ello, el bien jurídico ha sido efectivamente lesionado. En consecuencia, no podría estimarse el delito provocado y Juan debería ser castigado por un asesinato consumado.

Con independencia de la responsabilidad penal de los policías —que deberían responder como inductores— parece inconcebible que en este caso Juan quede exento de pena. Por mucho que su actuación traiga causa de una incitación policial orquestada para detenerlo y obtener su punición, *la efectiva lesión del bien jurídico hace inasumible renunciar al castigo.*

Si en este supuesto los policías se hubieran asegurado de que Juan no podría realizar con éxito el asesinato encomendado —por ejemplo, proporcionándole una pistola inutilizada para llevarlo a cabo— la solución absolutoria volvería a parecer plausible. Dejar sin castigo una tentativa (inidónea) de asesinato instigada por un policía puede resultar asumible. Hacer lo propio con un asesinato consumado parece a todas luces inadmisibles, por muy elevada que fuera la recompensa que ha motivado su realización. De este modo, la afectación al bien jurídico protegido parece alterar nuestra intuición acerca la conveniencia de castigar a Juan.

2.3. Ausencia del elemento teleológico

f) Un timador ofrece a Pablo la posibilidad de adquirir unas joyas por 10.000€. Según el timador dichas joyas tienen un valor de 100.000€ y la razón por la cual las vende tan baratas es que son robadas. Pablo acepta el trato con intención de lucrarse mediante su reventa. En realidad, las joyas son meras imitaciones cuyo valor no alcanza los 1.000€ y no proceden de robo alguno.

En este caso concurren los requisitos subjetivo y material: el timador ha incitado a Pablo de forma engañosa —haciéndole creer que las joyas eran robadas— a realizar una tentativa de receptación (elemento subjetivo) sin poner en riesgo el bien jurídico protegido por dicho delito, precisamente, porque las joyas en realidad no eran robadas (elemento material). Sin embargo, no se cumple con el *elemento teleológico*: la finalidad que persigue el timador no es conseguir el castigo de Pablo, sino lucrarse económicamente a su costa. Por ello, el delito provocado debería ser descartado y Pablo resultaría sancionado por una tentativa (inidónea) de receptación.

En este contexto, la actuación del timador no parece relevante para valorar la conveniencia de sancionar a Pablo. El hecho de que este haya sido “timado”⁹ no hace variar nuestra percepción sobre su punición. Al igual que ocurre con todas las conductas

⁹ Dicho “timo” constituirá o no un delito de estafa en función del concepto penal de patrimonio que se maneje. Así, quienes opten por un concepto económico de patrimonio no tendrán ningún problema en apreciar en este supuesto una estafa consumada. En cambio, quienes adopten una perspectiva jurídica tendrán más dificultades a la hora de fundamentar en este caso la existencia de un perjuicio patrimonial. Vid. por todos GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 108 y ss.

típicas de las víctimas de una estafa¹⁰, el castigo por tentativa (inidónea) del delito que se pretendía cometer —en este caso receptación— parece adecuado¹¹.

La percepción sobre el castigo de Pablo variaría si el engaño acerca de la procedencia ilícita de las joyas hubiera sido realizado por un policía que pretendiera detenerle por una tentativa de receptación. Por ejemplo, imaginemos que un policía de incógnito se hubiera presentado en una joyería afirmando tener joyas robadas, que está dispuesto a vender por un precio muy bajo, para ver si el encargado accede a comparárselas. De ser así, la absolución resultaría una solución razonable. En este sentido, *la finalidad que persigue el sujeto que realiza la incitación también parece ser un elemento relevante a la hora de valorar la pertinencia de castigar al sujeto incitado.*

2.4. El delito provocado como medio para descubrir otra infracción

g) La policía sospecha que Sergio ha llevado a cabo diversos hurtos de motocicletas. Para descubrir donde esconde los vehículos hurtados, los agentes trazan un plan. Un policía de incógnito se pone en contacto con él. Con el pretexto de necesitar piezas de recambio para su propio vehículo, le ofrece una cuantiosa suma de dinero a cambio de sustraer una motocicleta en concreto. Dicha motocicleta, que en realidad pertenece a la propia policía, es sometida a vigilancia para seguir a Sergio y averiguar donde la esconderá. Finalmente, Sergio lleva a cabo la sustracción y la policía, tras el correspondiente seguimiento,

¹⁰ Así, por ejemplo, si un sujeto compra para su posterior distribución una sustancia que parece ser droga, pero que más adelante se demuestra que no lo es, comete una tentativa inidónea de tráfico de drogas aunque haya sido víctima de una estafa (SSTS 1018/1996, de 16-12; 1388/1997, de 10-11). Lo mismo ocurrirá si una mujer, engañada por su médico, le entrega una cantidad de dinero para que le practique un aborto ilegal, cuando resulta que en realidad no está embarazada. Del mismo modo, quien paga a un falso sicario para acabar con la vida de alguien, comete una proposición (inidónea) de asesinato, aunque el receptor del pago no tuviera ninguna clase de intención de llevar a cabo el asesinato solicitado. Sobre esto último vid. ALCÁCER GUIRAO, “La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 710 y ss.

¹¹ No obstante, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pág. 216, considera que en estos casos existen razones vinculadas a la necesidad de pena que pueden aconsejar renunciar al castigo de las víctimas de una estafa. Dicho autor relaciona esta cuestión con la problemática de la llamada “pena natural”. Así, cuando el sujeto timado haya perdido su dinero con ocasión de la estafa de la que ha sido víctima, podría considerarse que ya ha sufrido bastante por su acción al margen de la pena. En sentido similar, ROMEO MALANDA, “La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en los delitos de estafa” en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 565, realiza una propuesta de *lege ferenda* para prescindir de la pena o reducirla cuando el autor ya haya sido suficientemente “castigado” al margen de la pena por causas naturales. Sin embargo, las propuestas de estos autores se fundamentan exclusivamente en el *perjuicio* que sufre quien resulta estafado, y no en el hecho de que la tentativa realizada haya sido inducida y no haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido. Muestra de ello es que ambos autores admiten que la renuncia de pena solo tendría sentido si el estafado no recupera su dinero o, al menos, no lo hace en un periodo corto de tiempo. Sobre la incorrección terminológica que supone emplear la denominación “pena natural” para referirse a esta clase de supuestos, en los que el mal es infligido por un tercero (y por tanto no es natural) vid. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pág. 156.

encuentra el descampado donde guardaba cinco motocicletas hurtadas previamente.

En este ejemplo podemos identificar los tres elementos del delito provocado en la tentativa de hurto de la motocicleta perteneciente a la policía: la actuación de Sergio trae causa de la incitación engañosa de los agentes policiales (elemento subjetivo), que obran con voluntad de detenerlo y castigarlo (elemento teleológico), sin que se haya puesto en ningún momento en riesgo el bien jurídico protegido (elemento material). Sin embargo, no se aprecia ninguno de dichos requisitos en los hurtos descubiertos mediante el operativo policial: esos delitos patrimoniales no traen causa de una incitación orientada a obtener su castigo, dado que se habían consumado —y por ende habían lesionado el bien jurídico— de forma previa a la intervención policial. Por ello, Sergio debería ser sancionado por los delitos descubiertos, aunque resultara absuelto —por concurrir un delito provocado— de la tentativa de hurto instigada por la policía.

Pues bien, en este supuesto, resulta razonable castigar a Sergio por las sustracciones descubiertas mediante el operativo policial. Así, aunque el intento de sustracción de la motocicleta perteneciente a la policía resulte impune, no parece adecuado extender dicha impunidad a los delitos previos descubiertos. Al fin y al cabo, esos delitos ya se habían consumado antes de la intervención policial. Parece perfectamente coherente absolver a Sergio por la sustracción “provocada” y castigarle por los hurtos “descubiertos”. El rechazo que genera sancionar a Sergio por la sustracción instigada policialmente no lo produce su castigo por los hurtos que se han puesto de manifiesto. Por ello, *parece adecuado limitar los efectos de impunidad propios de la doctrina del delito provocado a las infracciones efectivamente provocadas.*

No es de recibo que la policía instigue a la comisión de un delito para reprimir precisamente dicho delito. En cambio, instigar a un delito para descubrir otra infracción diferente parece, bajo ciertas circunstancias, asumible. Es más, la estrategia empleada por la policía en este supuesto resulta más digna de halago que de censura.

2.5. Tres elementos razonables

La impunidad que comporta el delito provocado solo parece asumible cuando concurren sus tres elementos definatorios. Si falta cualquiera de ellos, la absolución deja de ser una consecuencia intuitivamente razonable. Además, los efectos del delito provocado solamente parecen admisibles respecto a las infracciones en las que efectivamente pueden apreciarse los tres requisitos que delimitan esta figura. Sancionar las “infracciones descubiertas” mediante un delito provocado no genera el mismo rechazo que hacer lo

propio con las “infracciones provocadas”. En este sentido, *los límites y los efectos de esta construcción jurisprudencial resultan, al menos a nivel intuitivo, razonables.*

No obstante, encontrar una explicación al porqué de dichos límites y efectos no parece una tarea sencilla. Debido a la naturaleza heterogénea de los tres elementos que delimitan el delito provocado —dos de ellos van referidos a la acción de un tercero y el otro a la lesividad de la conducta del autor— y al alcance de sus efectos —que no se extienden a los delitos descubiertos mediante la infracción que debe permanecer impune— resulta sumamente complicado identificar el fundamento que subyace a esta construcción. Como veremos a continuación, la jurisprudencia española, hasta el momento, no ha dado una respuesta inequívoca a esta cuestión.

3. Los fundamentos del delito provocado

El fundamento del delito provocado es la razón por la cual debe absolverse a quien ha delinquido cuando concurren los elementos subjetivo, teleológico y material. Esto es, el motivo por el cual el delito provocado comporta la impunidad. Ante la ausencia de un precepto legal que aluda a esta figura, ha sido el propio Tribunal Supremo español el encargado de tratar de fundamentar sus límites y efectos. No obstante, sus argumentos no han sido siempre los mismos. A lo largo de la historia de esta construcción jurisprudencial se han empleado cuatro argumentaciones distintas para fundamentar el delito provocado. Es decir, se han ofrecido cuatro respuestas diferentes a la pregunta de: ¿por qué el delito provocado determina la impunidad?

El primero de los fundamentos utilizados por el Tribunal Supremo consistió en *“considerar que el hecho aparentemente punible no ha surgido de la libre iniciativa del autor, por lo que falta el presupuesto requerido por el párrafo primero del artículo primero del Código Penal. Pues se entiende que el término "voluntarias" -referido a las acciones y omisiones punibles-se debe interpretar como conductas libres, espontáneas y no coaccionadas. Requisito que faltaría en la actuación del provocado, porque obra como consecuencia de la previa incitación”*¹². Según este fundamento, el sujeto incitado no debería responder penalmente porque su conducta, al traer causa de una previa incitación, no puede ser considerada “voluntaria”. El principio de culpabilidad impediría que su conducta pudiera ser castigada. El propio Tribunal Supremo se refería a este principio en sus argumentaciones: *“el art. 1.º del Código Penal, sobre todo después de la reforma del año 1983, exige como requisito esencial de todo delito o falta el elemento culpabilístico del dolo o la culpa, es decir, de que la acción se realice de manera voluntaria, de tal manera que si esa voluntad está viciada desde el principio hemos de entenderla como inexistente y, por ende, no puede hablarse de acción delictiva, aunque los resultados que con ella se produzcan así lo aparenten”*¹³. De esta forma, la razón por la que el delito provocado determina la impunidad del sujeto incitado sería que su voluntad estaría viciada, por no haber surgido de manera espontánea de su fuero interno¹⁴. En consecuencia, el hecho resultante no contendría el *desvalor de acción* necesario para

¹² SAP Barcelona —sección 8ª— 399/2006, de 23-3.

¹³ STS 2431/1993, de 3-11.

¹⁴ Así, la STS de 27-6-1967 afirma 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”*.

configurar un injusto típico. Aquí denominaremos a este fundamento como “argumento de la voluntariedad”.

En un segundo momento *“se abandona la tesis anterior sobre la ausencia de conducta libre, para poner el acento sobre la trama artificiosa que rodea a todo el hecho, para considerar que no es posible llegar al resultado jurídicamente desaprobado porque se produce dentro de un contexto en donde ya se han tomado todas las medidas de prevención oportunas”*¹⁵. En base a este argumento, la impunidad del sujeto incitado se fundamentaría en la imposibilidad de que su acción llegue a poner en peligro bien jurídico alguno. Dicha acción *“no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial”*¹⁶. De este modo, la actuación del sujeto que ha sido incitado *“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, preconstituída, 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”*¹⁷. Con este fundamento, la razón de la impunidad del sujeto incitado sería que su conducta carece de *desvalor de resultado*. En este texto se denominará a este fundamento como “argumento de la peligrosidad”.

El tercer argumento que ha ofrecido la jurisprudencia para fundamentar la impunidad en el delito provocado es de carácter procesal, y se basa en que la incitación que ha motivado el delito *“traspasa claramente los límites de la legalidad que deben constituir una barrera infranqueable para todo agente policial, la cita del art. 11 de la LOPJ en cuanto determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades públicas, devendría de inexcusable aplicación, siendo por tanto nulo todo lo obtenido por esta vía”*¹⁸. De este modo, la impunidad que comporta el delito provocado se fundamentaría en la imposibilidad de acreditar, a través de pruebas lícitas, la actuación delictiva del sujeto incitado. Por tanto, este argumento no negaría la relevancia jurídico-penal de la conducta del sujeto incitado. Simplemente afirmarían que las pruebas que permitirían sustentar una condena deben ser consideradas nulas y, en consecuencia, no pueden ser valoradas por los tribunales. Aquí nos referiremos a este fundamento como “argumento de la prueba nula”.

¹⁵ SAP Barcelona —sección 8ª— 399/2006, de 23-3.

¹⁶ STS 395/2014, de 13-5.

¹⁷ STS de 20-2-1973.

¹⁸ STS 571/2008, de 25-9.

Por último, existen cuatro sentencias del Tribunal Supremo redactadas por el mismo ponente —Bacigalupo Zapater— que proponen un cuarto fundamento de la impunidad del delito provocado¹⁹. Dicho fundamento se basa “*en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito*”²⁰ y determina “*la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado*”²¹. Según este argumento, la razón por la que el delito provocado comporta la impunidad no sería la falta de relevancia penal de la conducta del sujeto incitado, ni la imposibilidad de probar dicha conducta con pruebas lícitas, sino el déficit de legitimidad que tiene el Estado para castigar un hecho que sus propias autoridades han promovido. Dicho déficit de legitimidad comportaría “*un obstáculo procesal, fundado en el principio venire contra factum proprium, que determina la caducidad de la acción penal*”²². Este último fundamento será denominado “argumento de la legitimidad”.

Así pues, a lo largo de todo su recorrido jurisprudencial, la impunidad del delito provocado ha sido fundamentada de cuatro formas diferentes²³. Además, los argumentos esbozados no se han ido sucediendo los unos a los otros de forma lineal. Más bien al contrario, se han combinado los unos con los otros en el seno de muchas resoluciones judiciales. Así, el “argumento de la voluntariedad” aparece como único fundamento del delito provocado hasta la STS de 27-6-1967, pero no desaparece tras ella, sino que se

¹⁹ SSTs de 14-06-1993; 1385/1993, de 14-6; 1247/1997, de 20-10; 890/1999, de 5-6. Las dos primeras resoluciones fueron publicadas el mismo día. A pesar de ello, curiosamente, la primera únicamente cuenta con la referencia de la fecha y la segunda tiene asignada una numeración propia.

²⁰ STS de 14-06-1993.

²¹ STS de 14-06-1993.

²² STS 1385/1993, de 14-6. En sentido similar, la STS 1247/1997, de 20-10, afirma que debe apreciarse una “*condición de procedibilidad, deducible del principio del Estado de Derecho*”.

²³ Conviene señalar que la STS 1672/1992, de 10-6, lleva a cabo una argumentación extremadamente confusa para fundamentar la impunidad del delito provocado: “*Una intermediación que nació de la provocación policial, aunque fuera guiada por la expectativa de una remuneración a cargo de los traficantes, no constituye acción delictiva porque la actividad del agente provocador, que excluye «ex ante» la posibilidad del peligro para la salud pública, no es antijurídica -causa de justificación 11.ª del art. 8 del Código-, y esta falta de antijuridicidad se propaga naturalmente a la conducta de los intermediarios que tiene en la provocación su origen inmediato*”. JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 296, considera que dicha argumentación constituye un fundamento del delito provocado diferenciable de los expuestos anteriormente. No obstante, desde mi punto de vista, la referencia a la exclusión *ex ante* del riesgo para el bien jurídico pone de manifiesto que se trata simplemente de una plasmación —poco afortunada— del argumento de la peligrosidad. La alusión a la causa de justificación del antiguo art. 8.11 CP —actual art. 20.7º CP— probablemente trae causa de los razonamientos que emplea el Tribunal Supremo para justificar la autonomía conceptual del “delito comprobado” (vid. *infra* apartado 7).

presenta alternativamente o como complemento al “argumento de la peligrosidad” hasta finales de la década de los noventa²⁴.

Véase como coexisten ambos fundamentos en la STS 1804/1992, de 21-7: *“la susodicha 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 art. 1.º del CP, o bien por entender, con criterio acaso más técnico, que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo, entendido en amplio sentido, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido”*. En esta resolución se presenta el argumento de la peligrosidad como alternativo o subsidiario (¿como criterio más técnico?) al de la voluntariedad²⁵.

Por otro lado, el “argumento de la peligrosidad” aparece explicitado por primera vez en la STS de 18-4-1972²⁶, y el “argumento de la prueba nula” en la STS 1992/1993, de 15-9. En la actualidad la jurisprudencia recurre indistintamente a ambos argumentos para explicar la impunidad que comporta el delito provocado. Por ejemplo, en la STS 1114/2002, de 12-6, parece que ambos argumentos sean complementarios: *“Esta clase de delito provocado, 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 interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”*.

²⁴ Incluso aparece mencionado en la SAP Alicante —sección 1ª— 386/2000, de 6-6.

²⁵ Algo parecido ocurre en la STS 3-7-1984: *“de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico que es lo que pretende el agente provocador, al crear una situación ficticia, que al carecer por parte del sujeto provocado de culpabilidad, de voluntariedad o de dolo falta una auténtica conducta delictiva, bien porque estaríamos ante el supuesto de un delito imposible, bien por el error del sujeto activo en su sedicente actuación delictiva o bien por encontrarnos, en sentido amplio ante un delito putativo donde faltaría una auténtica materia digna de reprobación penal”*.

²⁶ En dicha resolución se afirma 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”*. Aquí parece desecharse el argumento de la voluntariedad, aunque en sentencias posteriores todavía será utilizado.

Finalmente, el “argumento de la legitimidad” solo ha sido utilizado en cuatro resoluciones del Tribunal Supremo. Más allá de alguna mención aislada de la jurisprudencia menor²⁷, dicho argumento no ha tenido mayor recorrido.

En todo caso, conviene poner de manifiesto que los cuatro argumentos empleados por el Tribunal Supremo para fundamentar el delito provocado —voluntariedad, peligrosidad, prueba nula y legitimidad— no se han plasmado en cuatro delimitaciones distintas de su ámbito aplicativo. Los elementos que configuran el delito provocado —subjetivo, teleológico y material— no se han visto alterados por los (sucesivos) cambios de fundamentación expuestos. Dichos cambios en el modo de fundamentar el delito provocado *no han ido acompañados de una modificación de sus límites*. Es decir, aunque las razones de la impunidad hayan cambiado, ello no ha afectado al ámbito que dicha impunidad abarca. Es más, como se verá a continuación, los límites de esta construcción han sido, desde sus inicios, siempre los mismos.

²⁷ Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife —sección 2ª— 62/2004, de 28-1, hace referencia a dicho argumento citando un párrafo de la STS 890/1999, de 5-6. También, la SAP Barcelona —sección 8ª— 399/2006, de 23-3, menciona la “*la posible descalificación o pérdida del derecho estatal a castigar (ius puniendi) por basar su condena en una inducción inadmisibile al hecho*”.

4. El origen del delito provocado

La primera sentencia en la que se aplica la doctrina del delito provocado es la STS de 22-6-1950. En dicha resolución todavía no pueden apreciarse con claridad los contornos de esta figura y ni siquiera se utiliza el término “delito provocado” para referirse a ella. No obstante, esta sentencia es pionera en absolver a un sujeto que delinque en las circunstancias que delimita esta doctrina²⁸. En concreto, se absuelve a un trabajador que ha cometido un hurto contra su empleador a causa de la instigación de una persona contratada por este último. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo argumenta que *“la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley han de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo; más de ningún modo, con carácter general, del supuesto perjudicado, por cuyo motivo, cuando el mismo, para poner a prueba la moralidad de un empleado, de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia, encarga a una persona de su confianza que estimule e induzca a la comisión de un acto punible, y al ser practicado formula denuncia criminal, es evidente que el delito o la falta contra la propiedad de que se trate tiene la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado”*. Como puede observarse, el razonamiento del tribunal está muy ligado al caso concreto y no parece tener pretensiones de generalidad. No obstante, en el párrafo transcrito ya puede apreciarse el embrión de los tres elementos (subjetivo, teleológico, y material) que delimitan actualmente el delito provocado.

En sucesivas decisiones jurisprudenciales se va delimitando por vía negativa —rechazando que los hechos juzgados constituyan un delito provocado— el contenido de esta construcción jurisprudencial²⁹. Así, en la STS de 8-5-1953 ya se utiliza propiamente el término “delito provocado” y se alude a la configuración de su elemento subjetivo, excluyendo del ámbito de esta figura los delitos cometidos por personas que ya estaban previamente decididas a delinquir: *“no es delito provocado, porque la iniciativa*

²⁸ Antes de esta sentencia, el Tribunal Supremo ya se había enfrentado a supuestos que reunían las características propias del delito provocado. Vid. en este sentido la STS de 7-5-1949, que ya empieza a apuntar a algunos de los argumentos que serán utilizados posteriormente por el Tribunal Supremo para fundamentar esta figura: *“aun haciendo a los procesados recurrentes la máxima concesión de suponer que sus acciones no fueron libremente realizadas por ellos a partir del momento en que el Carlos Domingo, de acuerdo con sus jefes, fingió aceptar la proposición que uno de aquéllos (...) siempre resultará que las actuaciones dolosas anteriores a tal fingimiento del Carlos Domingo, realizadas por los cuatro procesados recurrentes y encaminadas a negociar con géneros intervenidos mediante la falsificación de la citada guía que amparara su transporte, fueron por ellos voluntaria y deliberadamente queridas y realizadas”*.

²⁹ Vid. al respecto de estas primeras sentencias RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pág. 122.

*criminal parte del recurrente (...) no hay provocación ajena, sino iniciativa y actuación propias*³⁰.

Sin embargo, hasta la STS de 27-6-1967 no puede encontrarse una determinación precisa de los tres elementos que caracterizan esta figura. Así, en la mentada resolución se indica que *“el delito provocado, normalmente, dirigido en una de sus formas a 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, requiere para su existencia, la inducción suficiente para mover la voluntad de la misma, a fin de que efectúe una actividad, que estimada por ella ilícita penalmente, 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”*. No resulta difícil identificar en el párrafo anterior el elemento subjetivo —inducción suficiente para mover la voluntad— el teleológico —deseando perseguir el delito— y el material —imposibilidad de llegar al resultado por las medidas precautorias adoptadas— del delito provocado.

A partir de ese momento, los elementos que configuran el delito provocado nunca han sido modificados. Desde que su ámbito aplicativo quedó definido con una mínima claridad, los límites del delito provocado han permanecido inalterados³¹. Los elementos

³⁰ También la STS de 3-2-1964 se refiere a dicha exclusión, y menciona —de forma un tanto confusa— el elemento material del delito provocado: *“no puede alegar la eximente de falta de voluntariedad y la teoría del delito provocado acogida por esta Sala en la sentencia de 22 de junio de 1950, citada por el recurrente, porque en aquel caso -delito contra la propiedad-, como generalmente ocurre en los de esa índole, hay ausencia total de voluntad delictiva hasta el momento en que el agente es sorprendido con la materia u objeto que se le pone a su alcance por la supuesta víctima-el dinero u objeto situado a la mano del dependiente con la finalidad de denunciarlo; la mujer que penetra donde se encuentra un hombre solo, excitándolo con movimientos o actitudes lascivas para mostrarse víctima de un atropello, etcétera-, porque entonces, más que el 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 en el primer caso atentado al derecho de propiedad al estar reseñados previamente los billetes u objetos que no habían de incorporarse al patrimonio ajeno, ni en el segundo, ataque a la honestidad de quien se mostró deshonesto para excitar a quien se encontraba extraño a tal situación; pero como aquel clima de que antes se habló, favorable al delito enjuiciado, fue formado, según se dijo, con la concurrencia de la propia víctima, el Tribunal de instancia ya lo tuvo en cuenta para aminorar la responsabilidad del procesado y reducir la pena en los términos que lo hizo, sin llegar a la exculpación total por las razones que quedan apuntadas”*.

³¹ RUIZ ANTÓN, “La provocación de la prueba y el delito provocado: Las garantías del Estado de Derecho”, AFDUE, núm. 11, 1993, pág. 219, parece insinuar lo contrario, al señalar que la STS de 18-4-1972 abre una brecha en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. No obstante, la sentencia mentada no modifica los límites del delito provocado, sino que simplemente descarta su concurrencia en un caso en el que considera —de forma ciertamente discutible— que no se dan los presupuestos de su elemento subjetivo. Anteriormente, en las SSTS de 8-5-1953; de 15-6-1956, la jurisprudencia ya había denegado la estimación de un delito provocado por no darse esos mismos presupuestos. La sentencia que señala RUIZ ANTÓN sienta los cimientos de la categoría que luego será denominada “delito comprobado” (vid. *infra* el apartado 7)

subjetivo, teleológico y material, han delimitado hasta la actualidad el ámbito de impunidad característico de esta construcción jurisprudencial.

Teniendo en cuenta las (múltiples) variaciones que ha experimentado la fundamentación del delito provocado resulta, como mínimo, sorprendente que sus límites no hayan sufrido modificación alguna desde sus orígenes. Los límites de una construcción jurisprudencial —como es el delito provocado— derivan del fundamento jurídico que la sustenta. Por ello, como se verá seguidamente, el hecho de que los cambios en la forma de fundamentar el delito provocado no hayan tenido ninguna incidencia sobre la configuración de sus límites pone de manifiesto que esta construcción adolece de alguna clase de defecto estructural.

pero no altera la delimitación del delito provocado, que sigue definiéndose a partir de sus elementos subjetivo, teleológico y material.

5. Una crítica lógica y metodológica

Una vez expuestos sus límites y fundamentos, ya resulta posible poner de manifiesto que *la construcción jurisprudencial del delito provocado no está correctamente fundamentada*. La razón es sencilla: los límites del delito provocado no derivan *lógicamente* de ninguno de los argumentos con los que el Tribunal Supremo ha tratado de fundamentar la impunidad que comporta esta figura. Es decir, el desarrollo coherente de cualquiera de dichos argumentos no conduce a delimitar la impunidad del delito provocado a partir de sus tres elementos característicos. Con independencia de si dichos argumentos pueden fundamentar válidamente la impunidad *en algún caso*, no pueden hacerlo en el conjunto de supuestos que delimita la figura del delito provocado. De ninguno de esos fundamentos pueden deducirse lógicamente los límites del delito provocado. Dicho de otro modo, los cuatro argumentos empleados por el Tribunal Supremo para fundamentar el delito provocado —voluntariedad, peligrosidad, prueba nula y legitimidad— incurrir en un non sequitur respecto a los límites de esta figura. Veámoslo.

El *argumento de la voluntariedad* no puede explicar los tres elementos que definen el delito provocado. Así, de la premisa “los sujetos incitados no deben ser castigados por no obrar de forma voluntaria” no se deduce como conclusión lógica “los sujetos incitados por alguien que persigue su castigo sin poner en peligro el bien jurídico deben ser absueltos”. El desarrollo coherente del argumento de la voluntariedad debería conducir a la impunidad de todos los sujetos que hubieran sido previamente incitados a delinquir. Desde la perspectiva de este fundamento, los elementos material y teleológico del delito provocado no tienen sentido. Por un lado, respecto al elemento material, que la acción del sujeto incitado no ponga en riesgo el bien jurídico nada tiene que ver con la voluntariedad de dicha acción. Si el fundamento de la impunidad en el delito provocado deriva de la falta de desvalor de acción, no resulta sostenible que uno de sus requisitos se vincule al desvalor de resultado. Por otro lado, en relación al elemento teleológico, que el instigador pretenda obtener su castigo, no parece reducir la voluntariedad con la que actúa el sujeto instigado.

Con el argumento de la voluntariedad, los supuestos e) y f) deberían conllevar la impunidad. Recordemos dichos ejemplos: e) *Unos policías de paisano le ofrecen a Juan 100.000€ euros por matar a un sujeto. Juan comete el asesinato e inmediatamente después es detenido por los agentes que le ofrecieron el dinero;* f) *Un timador ofrece a Pablo la posibilidad de adquirir unas joyas por 10.000€. Según el timador dichas joyas tienen un valor de 100.000€ y la razón por la cual las vende tan baratas es que son*

robadas. Pablo acepta el trato con intención de lucrarse mediante su reventa. En realidad, las joyas son meras imitaciones cuyo valor no alcanza los 1.000€ y no proceden de robo alguno. El argumento de la voluntariedad debería comportar la absolución de Juan y Pablo, pues el asesinato consumado y la tentativa de receptación que han realizado no han surgido de su libre iniciativa, sino que traen causa de una previa incitación.

Lo mismo ocurre con el *argumento de la peligrosidad*. De la premisa “las acciones que no ponen en riesgo el bien jurídico no deben ser castigadas por carecer de desvalor de resultado” no se deriva lógicamente la consecuencia “las acciones que no ponen en riesgo el bien jurídico y que traen causa de una instigación de alguien que pretende reprimirlas deben permanecer impunes”. El argumento de la peligrosidad debería conducir a la impunidad de cualquier tentativa inidónea o delito consumado que no ponga en riesgo el bien jurídico protegido. Desde la perspectiva de este fundamento, los elementos subjetivo y teleológico no tienen sentido. Si el fundamento del delito provocado es la ausencia de desvalor de resultado, no resulta coherente limitar su ámbito de aplicación con dos requisitos que nada tienen que ver con dicho desvalor.

Con el argumento de la peligrosidad, los supuestos d) y f) deberían comportar la impunidad. Los ejemplos en cuestión son: *d) Dos agentes de policía de paisano observan que Julio y Bartolomé se encuentran introducidos dentro de una cabina telefónica con actitud vigilante y sin llamar por teléfono a pesar de su ubicación. Dicha situación despierta sospechas en los policías, que deciden introducirse en un cajero automático a escasa distancia de la cabina telefónica, y desde donde podían ser perfectamente vistos por ellos, simulando extraer dinero del mismo. Al salir del cajero, son abordados por Julio y Bartolomé, quienes les exigen la entrega del dinero extraído en el cajero, mientras les muestran dos navajas. En ese momento, los agentes se identifican como policías y exhiben sus pistolas reglamentarias, lo cual provoca la entrega inmediata y sin resistencia de Julio y Bartolomé; f) Un timador ofrece a Pablo la posibilidad de adquirir unas joyas por 10.000€. Según el timador dichas joyas tienen un valor de 100.000€ y la razón por la cual las vende tan baratas es que son robadas. Pablo acepta el trato con intención de lucrarse mediante su reventa. En realidad, las joyas son meras imitaciones cuyo valor no alcanza los 1.000€ y no proceden de robo alguno.* Si la impunidad se fundamenta en la imposibilidad de que se produzca el resultado jurídicamente desaprobado, tanto Julio y Bartolomé como Pablo deberían ser absueltos, pues ninguno de ellos podría haber llegado a consumar el delito que trataban de realizar. Los policías a los que intentaban atracar Julio y Bartolomé estaban perfectamente preparados para repeler la agresión, y las joyas que adquiere Pablo en realidad no procedían de delito patrimonial alguno.

El *argumento de la prueba nula* presenta problemas similares. En primer lugar, es muy complicado identificar un derecho fundamental que resulte vulnerado cuando concurre un delito provocado. No obstante, más complejo es todavía encontrar un derecho fundamental que resulte infringido *únicamente* cuando concurren los tres elementos característicos del delito provocado. ¿Por qué solo se vulneraría dicho derecho cuando no se pone en riesgo el bien jurídico? ¿Por qué tampoco debería entenderse infringido si el sujeto que recibe la incitación ya estaba previamente decidido a delinquir? Además, incluso asumiendo la premisa de este fundamento, el argumento de la prueba nula no es capaz de explicar por qué las infracciones descubiertas mediante un delito provocado deben ser castigadas. En efecto, de la premisa “el delito provocado vulnera un derecho fundamental del sujeto incitado” no se deriva “su impunidad por la concreta infracción instigada y su castigo por aquellos delitos que hayan sido descubiertos”. Precisamente, la vulneración de un derecho fundamental determina la nulidad de todas las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, mediante dicha vulneración (art. 11 LOPJ). Por mucho que las infracciones descubiertas no hayan sido provocadas, en tanto que se han sido puestas de manifiesto mediante la vulneración de un derecho fundamental, deberían quedar impunes por ser ilícita la prueba que las acredita.

Con el argumento de la prueba nula, el supuesto g) debería comportar la impunidad, no solo del delito provocado, sino también de las infracciones descubiertas. Dicho supuesto rezaba: g) *La policía sospecha que Sergio ha llevado a cabo diversos hurtos de motocicletas. Para descubrir donde esconde los vehículos hurtados, los agentes trazan un plan. Un policía de incógnito se pone en contacto con él. Con el pretexto de necesitar piezas de recambio para su propio vehículo, le ofrece una cuantiosa suma de dinero a cambio de sustraer una motocicleta en concreto. Dicha motocicleta, que en realidad pertenece a la propia policía, es sometida a vigilancia para seguir a Sergio y averiguar donde la esconderá. Finalmente, Sergio lleva a cabo la sustracción y la policía, tras el correspondiente seguimiento, encuentra el descampado donde guardaba cinco motocicletas hurtadas previamente.* Si mediante la incitación policial se ha vulnerado un derecho fundamental de Sergio, todas las pruebas obtenidas mediante el operativo policial deberían ser declaradas nulas. Así, debería absolverse a Sergio, tanto por la sustracción de la motocicleta perteneciente a la policía, como por el resto de hurtos descubiertos, pues la prueba de todas estas infracciones deriva de la vulneración de un derecho fundamental.

Por último, el *argumento de la legitimidad* no puede explicar la impunidad de un delito provocado que ha sido instigado por un particular. En efecto, no resulta compatible afirmar que la impunidad deriva de la falta de legitimidad del Estado para castigar un delito que sus mismas autoridades han promovido, y absolver al sujeto que realiza un

delito provocado instigado por un particular. El principio *venire contra factum* solo puede entenderse vulnerado cuando el Estado castiga un delito que él mismo ha provocado. Si el delito ha sido instigado por un particular, el Estado no incurre en ninguna clase de contradicción al sancionarlo. Además, con este fundamento resulta muy complicado explicar por qué debe exigirse el elemento material. *A priori*, parecería que el Estado entra en contradicción al castigar cualquier delito que haya sido instigado por un policía, con independencia de si el delito en cuestión ha lesionado o no el bien jurídico protegido.

Con el argumento de la legitimidad, el caso b) debería castigarse. Recordemos dicho supuesto: *b) El Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) contrató como señuelo a un investigador privado para acudir a diversos establecimientos solicitando que le hicieran fotocopias de libros. A tal efecto, dicho investigador se personó en una copistería y consiguió que el encargado le fotocopiara varios manuales con derechos de autor. A raíz de ello, CEDRO interpuso una querrela por un delito contra la propiedad intelectual* Aquí, la instigación que conduce al delito proviene de un particular. Por ello, el argumento de la legitimidad no podría explicar la impunidad, pues el Estado únicamente entraría en contradicción al castigar aquellas infracciones que hayan sido promovidas por sus agentes. Además, con este fundamento sería muy difícil explicar por qué el supuesto e) debería castigarse: *e) Unos policías de paisano le ofrecen a Juan 100.000€ euros por matar a un sujeto. Juan comete el asesinato e inmediatamente después es detenido por los agentes que le ofrecieron el dinero.* En este caso los agentes policiales han promovido un delito de asesinato consumado y, por ello, parecería que el Estado no puede castigar dicho delito sin entrar en contradicción y vulnerar el principio *venire contra factum*.

Así pues, los tres elementos que acotan los límites del delito provocado no pueden ser explicados desde ninguno de sus fundamentos. Dicha incapacidad pone de manifiesto que *los límites del delito provocado no son el resultado del desarrollo coherente de ninguno de sus fundamentos*. La respuesta a la pregunta de ¿por qué el delito provocado determina la impunidad? debería servir para resolver la cuestión de ¿cuándo concurre un delito provocado? Es decir, el *fundamento* del delito provocado debería determinar sus *límites*³². Sin embargo, como ha tratado de ponerse de manifiesto, esto no es así. No existe una

³² Sobre la noción de que “todo lo que limita, fundamenta” vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 636, nota 55; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 281. Críticamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento?: Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, en *Derecho, sanción y justicia penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017, págs. 432 y ss. No obstante, aquí la idea sería la inversa: “todo lo que fundamenta, limita”.

relación *lógica* entre los límites del delito provocado y cualquiera de los fundamentos propuestos por la jurisprudencia.

En mi opinión, la razón por la que no existe una correspondencia lógica entre los límites y los fundamentos del delito provocado tiene que ver con la forma metodológicamente incorrecta en que la jurisprudencia ha construido esta categoría. Es decir, el déficit lógico señalado trae causa de un problema *metodológico*. Dicho problema puede ser advertido fácilmente si se repara en la historia de esta construcción jurisprudencial. El delito provocado primero fue *delimitado* y después *fundamentado*. Desde su origen, los elementos que configuran el delito provocado han permanecido inalterados y definidos del mismo modo. Desde principios de los años cincuenta hasta la actualidad, los elementos subjetivo, objetivo teleológico y material han delimitado el delito provocado. En cambio, el fundamento con el que la jurisprudencia ha tratado de justificar la impunidad que comporta su apreciación ha ido variando, *sin que ello modificara sus límites*. El argumento de la voluntariedad, el de la peligrosidad, el de la prueba nula y el de la legitimidad se han ido alternando sin que ello comportara modificar un ápice los elementos que delimitan esta figura. Esta forma de operar conduce inevitablemente a la incongruencia indicada, pues fundamentos de naturaleza tan diferente no pueden conducir a un mismo ámbito de aplicación. No puede ser indistinto afirmar que la razón por la que no se castiga al sujeto incitado es su falta de voluntariedad, la imposibilidad de su acción para afectar a un bien jurídico, la inexistencia de prueba lícita para condenarlo, o la falta de legitimidad del Estado para sancionar un hecho que sus propias autoridades han promovido. Resulta evidente que cada uno de estos fundamentos comporta límites diferentes.

La forma metodológicamente correcta de construir una categoría jurisprudencial como la del delito provocado sería, en primer lugar, optar por uno de sus fundamentos y, a continuación, desarrollar coherentemente los límites a los que conduce. Si el fundamento esgrimido no convence y se modifica la forma de argumentar la impunidad, los límites de la misma también deberán ser alterados. El punto de partida de una figura como la del delito provocado debería ser su fundamento, y no sus límites. Dicho de otro modo, el fundamento del delito provocado debería determinar sus límites, y no al revés.

La jurisprudencia española ha operado como si el delito provocado fuese una *figura legal*³³. Esto es, como si existiese una norma en nuestro ordenamiento jurídico que

³³ RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pág. 131, ya indicó en su día que en la práctica nuestra jurisprudencia está obrando al modo de aquellos sistemas que han incluido en su legislación positiva la figura como tal.

previera la impunidad de quien comete una infracción cuando concurren los tres elementos que delimitan el delito provocado. A partir de dichos elementos, como si fuesen indisponibles para ella, la jurisprudencia ha tratado de ofrecer una explicación al porqué de los mismos. Obviamente, esta forma de operar no es correcta. El delito provocado no es una figura legal, sino una *construcción jurisprudencial*. Sus límites no vienen impuestos por el legislador. Los tres elementos que definen el delito provocado no deben ser el *presupuesto* de su fundamentación. Más bien al contrario, los límites del delito provocado deberían ser una *consecuencia* de su fundamento.

¿Por qué la jurisprudencia ha operado de este modo? Pues bien, me aventuro a decir que el motivo es el siguiente: la delimitación del delito provocado a partir de los elementos subjetivo, teleológico y material comporta *resultados intuitivamente más aceptables* que los límites derivados del desarrollo coherente de cualquiera de los cuatro fundamentos esgrimidos por el Tribunal Supremo.

6. Algunos problemas sin resolver

La imposibilidad de identificar un fundamento que explique los límites del delito provocado comporta diversos problemas a la hora de aplicar esta figura. La ausencia de una respuesta clara a la pregunta de por qué el delito provocado determina la impunidad —o mejor, la existencia de cuatro respuestas contradictorias entre sí— priva a nuestros tribunales de un importante apoyo interpretativo y favorece el recurso a criterios político-criminales difusos a la hora de solucionar los casos más problemáticos. Así, en el seno de la jurisprudencia, se han planteado varias controversias cuya resolución, en todo caso, requeriría un posicionamiento en torno a cuál es la respuesta correcta a esa pregunta.

A continuación, se expondrán, a partir de casos de la propia jurisprudencia, seis problemas aplicativos que el fundamento del delito provocado debería ser capaz de resolver. En particular: 1) el papel que juega la *iniciativa delictiva* en la delimitación del delito provocado; 2) la trascendencia que tiene la *peligrosidad* del sujeto que delinque a la hora de aplicar esta figura; 3) la posibilidad de castigar las *infracciones descubiertas* mediante un delito provocado; 4) el tratamiento del *exceso* en el delito provocado; 5) el significado de la *ausencia de riesgo* para el bien jurídico; 6) la posibilidad de apreciar un delito provocado de *peligro presunto*.

En todo caso, el objetivo que se persigue mediante la exposición de estos problemas no es, de momento, ofrecer una solución a los mismos. Simplemente, se pretende poner de manifiesto que la fundamentación del delito provocado no es, ni mucho menos, una simple cuestión teórica. La resolución de muchos de los problemas que más trascendencia tienen en la práctica depende de cómo se fundamente esta figura.

6.1. Problemas relativos al alcance del elemento subjetivo

La delimitación del elemento subjetivo del delito provocado plantea, en su aplicación práctica, dos problemas relevantes. El primero de ellos consiste en determinar el papel que juega la *iniciativa delictiva* en esta construcción. ¿Puede apreciarse un delito provocado aunque la propuesta delictiva surja del sujeto que comete la infracción? El segundo estriba en concretar la trascendencia que tiene para esta figura que el delito cometido *previsiblemente no se hubiera llevado a cabo* sin la intervención de quien pretende obtener su represión. ¿Debe influir de alguna manera la peligrosidad del sujeto que delinque en la delimitación del delito provocado?

6.1.1. La iniciativa delictiva

El problema sobre el papel que juega la *iniciativa delictiva* en la construcción del delito provocado se ha planteado con especial intensidad en el ámbito de las *compras simuladas de drogas*. El supuesto prototípico es el siguiente: un sujeto se dirige a un agente de incógnito —desconociendo su condición policial— y le ofrece la posibilidad de adquirir una determinada cantidad de droga. El agente acepta su oferta y, a raíz de ella, el sujeto en cuestión se pone en contacto con un tercero para comprar la droga que luego intentará vender (infructuosamente) al policía³⁴. ¿Podría apreciarse un delito provocado en estos casos?

Pues bien, la jurisprudencia se halla dividida a la hora de tratar de responder a esta pregunta. Por una parte, pueden encontrarse resoluciones judiciales que excluyen la posibilidad de apreciar un delito provocado si la compra simulada de drogas se produce por iniciativa del vendedor. La STS 2816/1992, de 22-12, lo afirma expresamente al señalar que el delito provocado "*exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que inciten a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito (...). Pero no se da tal figura cuando la proposición parte del propio autor del delito, aunque lo haga en la creencia errónea de que los propuestos estarían dispuestos a cometerlo, pues en tal caso la resolución criminal es libre y la iniciación del iter criminis a través de aquella proposición arranca de una decisión de voluntad del propio autor, que por ello debe ser punible*". En el mismo sentido, la SAP Madrid —sección 29ª— 500/2016, de 30-9, indica que "*la jurisprudencia pone el acento a la hora de determinar la existencia de un delito provocado en la iniciativa delictiva*"³⁵, y descarta el delito provocado por considerar que "*la actividad delictiva se inició por la acusada, que se acerca a los policías y les ofrece droga. Es entonces cuando los agentes en el ejercicio de sus funciones de perseguir delitos, preguntan a la acusada si la droga la tiene ella, diciendo la acusada que les puede conseguir un gramo de cocaína por 40 o 45 euros, que la esperasen allí mientras ella iba a buscar la droga. Por tanto no existe delito provocado sino que la voluntad de delinquir surge en Josefina, por su propia y libre decisión,*

³⁴ El delito provocado quedaría descartado si el sujeto ya disponía previamente —de forma mediata o inmediata— de la droga que ofrece. En estos supuestos, la concreta compra-venta promovida no es más que un acto post-consumativo del delito de tráfico de drogas ya perfeccionado con la tenencia preordenada al tráfico. En tanto que el delito contra la salud pública ya estaba consumado con anterioridad a la intervención policial, resulta obvio que su realización no trae causa de una "incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir". El problema que se plantea en el texto es diferente. Los casos objeto de discusión son aquellos en los que el sujeto que ofrece la droga no dispone de ella y tiene que adquirirla de un tercero para poder subministrársela al policía. Aquí, el sujeto que hace la oferta todavía no ha cometido ningún delito.

³⁵ La misma reflexión puede encontrarse en la STS 340/2016, de 6-4.

limitándose los agentes a comprobar el delito". De acuerdo con estas resoluciones, no puede apreciarse un delito provocado en los casos en que el autor del delito toma la iniciativa delictiva³⁶.

No obstante, un nutrido grupo de sentencias adoptan la postura contraria. Así, la SAP Valencia —sección 3ª— 113/2001, de 16-11, se pronuncia de forma contundente en sentido opuesto: *“Lo decisivo no es quién asume la iniciativa en el trato encaminado a producir la entrega del estupefaciente. Dicho de otra manera, lo decisivo no es si existió un ofrecimiento previo por los acusados o si la propuesta inicial partió de los funcionarios policiales. Puede ocurrir que alguien ofrezca buscar una droga que no posee para transmitírsela después a los agentes. En tal caso, aunque la iniciativa no partiera de los agentes, si la droga se obtuviese con posterioridad al acuerdo con los agentes encubiertos, para cumplir lo convenido, el delito habría sido provocado, si no existía disponibilidad previa por el oferente, o al menos favorecimiento de un concreto poseedor de la droga con el que existiese un concierto previo para buscar un comprador, con anterioridad al acuerdo con los funcionarios”*³⁷. Del mismo modo, la SAP Madrid —sección 23ª— 397/2015, de 5-6, descarta que la iniciativa delictiva, por sí misma, impida apreciar un delito provocado si no se ha plasmado en una concreta conducta típica: *“para la punición de éste último será necesario que la voluntad de cometer el delito, existente con anterioridad a la intervención del Estado a través del agente, se traduzca en la comisión de acciones integrantes de elementos del tipo antes del comienzo de dicha intervención, especialmente en delitos de mera actividad cuya ejecución se extienda en el tiempo”*³⁸. Así, este sector jurisprudencial considera que puede apreciarse un delito provocado aunque el autor del delito tome la iniciativa delictiva³⁹.

³⁶ La SAP Sevilla —sección 1ª— 188/2000, de 21-3, parece apuntar en la misma dirección cuando afirma que *“será decisivo concretar si ese comportamiento tiene su arranque en el ofrecimiento del acusado a Miguel, o si, por el contrario, fue el Policía quien requirió al acusado la sustancia”*.

³⁷ En esta misma resolución se afirma que *“el núcleo ontológico del concepto de delito provocado, es decir lo que constituye su esencia misma, radica en la existencia de un nexo causal entre la actuación de los agentes encubiertos y quien después resulta acusado por el tráfico de estupefacientes (...) la ausencia del nexo causal esencial, por el contrario, se hace evidente cuando el examen de la cronología de los acontecimientos revela que los actos de favorecimiento del poseedor de la droga, o la disponibilidad de ella por el propio acusado, existieron antes de la intervención de los agentes encubiertos”*.

³⁸ La SJP Alicante —núm. 2— 414/2005, de 24-11, llega *obiter dicta* a una conclusión parecida: *“Quien ofrece droga a un policía camuflado que acude al puesto de venta comete delito, no por el ofrecimiento dominado por el policía, sino por la previa tenencia, a la que la ley anuda una peligrosidad más allá de lo tolerable y que no estaba bajo el ámbito de control del policía”*.

³⁹ En este mismo grupo de sentencias podrían incluirse aquellas resoluciones que no descartan directamente que pueda concurrir un delito provocado cuando el autor toma la iniciativa delictiva, sino que utilizan este dato para inferir la existencia de un delito previo: *“el ofrecimiento de una importante cantidad de dinero a cambio de facilitar el paso de la droga por la aduana implicaba la disponibilidad de la sustancia con anterioridad a la intervención de los agentes. Efectivamente no puede considerarse razonable que los*

La resolución de la disputa jurisprudencial apuntada requeriría, en todo caso, una toma de postura en relación al fundamento del delito provocado⁴⁰. Dependiendo del argumento que se emplee para fundamentar el delito provocado la solución a este problema debería ser una u otra. Así, con el argumento de la voluntariedad podría sostenerse, sin grandes dificultades, que el dato de quién ha tomado la iniciativa delictiva debe ser determinante para absolver o condenar. En efecto, si el fundamento del delito provocado es que la voluntad del sujeto que delinque está viciada, por no haber surgido de manera espontánea de su fuero interno, resulta coherente excluir su aplicación en los casos en que el autor realiza *motu proprio* el ofrecimiento de la droga. Dicha iniciativa pondría de manifiesto que su voluntad delictiva ha surgido espontáneamente y, por tanto, no se encuentra viciada. En cambio, con el argumento de la peligrosidad la circunstancia relativa a quién ha tomado la iniciativa debería estimarse intrascendente. En tanto que la conducta delictiva no ponga en riesgo el bien jurídico protegido —lo cual no depende de quien tome la iniciativa de proponerla— la solución debería ser la impunidad. Por otro lado, el argumento de la legitimidad también apuntaría en esta última dirección. Si la razón de la impunidad es la falta de legitimidad del Estado para castigar un hecho favorecido por sus propias autoridades, no parece que sea relevante el dato de quien ha tomado la iniciativa de cometerlo. Finalmente, con el argumento de la prueba nula no podría darse una

acusados asumieran el evidente riesgo que supone el intento de soborno a un Guardia Civil del servicio de aduanas del aeropuerto si antes no disponían de la droga que pretendían introducir, siquiera fuese una disponibilidad mediata y no del todo concretada en cuanto a la cantidad exacta de droga” (SAP Valencia —sección 3ª— 164/2003, de 11-3).

⁴⁰ La formulación del elemento subjetivo de esta figura —incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir— no permite, *a priori*, excluir ninguna de las dos posiciones expuestas. En función de qué se entienda por “estar decidido a delinquir” la solución correcta será una u otra. Si se estima que quien toma la iniciativa delictiva está decidido a delinquir, deberá excluirse el delito provocado en los casos en que el autor realiza *motu proprio* el ofrecimiento de la droga. Por el contrario, si se considera que tomar la iniciativa para realizar un delito no implica, todavía, estar decidido a cometerlo, deberá apreciarse un delito provocado en estos supuestos. En todo caso, la solución más coherente con el criterio que emplea la jurisprudencia para delimitar cuándo concurre una inducción parece ser esta última. En efecto, tal y como indica la STS 990/2013, de 30-12 “*la disponibilidad -o querer potencial- previa a la realización de un acto es un estadio anterior a la resolución -o querer actual- de ejecutarlo. Cuando el tránsito de uno a otro de esos momentos de la voluntad se condiciona a la realización de un acto por otro, éste adquiere tal relevancia que se puede tildar de determinante de la efectiva decisión de ejecutar. Cumpliendo así el correspondiente requisito típico de la inducción*”. De acuerdo con esta doctrina, si el acto de tráfico propuesto se condiciona a la aceptación de la oferta por parte del policía —haciendo depender la ejecución delictiva del acto de aceptación de este último— quien toma la iniciativa delictiva todavía no estaría decidido a delinquir (no sería un *omnimodo facturus*). De forma más extensa sobre este problema vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, *El delito provocado*, cit., págs. 40 y ss. Más ampliamente, sobre el problema de la denominada “voluntad condicionada” vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, págs. 95 ss; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 465 y ss.

solución *a priori* a este problema. En función de cual fuera el derecho fundamental que se estimara infringido, la resolución de estos casos debería ser una u otra⁴¹.

De todos modos, conviene advertir que, en la práctica, el problema sobre la relevancia que debe tener la iniciativa delictiva no se limita al ámbito de las compras simuladas de drogas. Así, en otros supuestos de tráfico de drogas, que poco tienen que ver con las compras simuladas, también se ha planteado esta misma cuestión. Para muestra un botón:

h) Bartolomé planea llevar a cabo una importante operación marítima de tráfico de drogas. No obstante, carece de los medios adecuados para realizarla. Un día le comenta sus planes a Leonardo, desconociendo que este último trabaja para la policía. Leonardo se ofrece a proporcionarle una embarcación y una tripulación preparada para el viaje que planea. Finalmente, gracias a su ayuda, Bartolomé consigue llevar a cabo la operación que tenía en mente, que termina frustrada por la intervención policial orquestada por Leonardo⁴².

En este caso, a pesar de que Bartolomé planifica *motu proprio* la operación delictiva, el Tribunal Supremo aprecia un delito provocado. En este sentido, la resolución judicial que absuelve a Bartolomé parece adherirse a la línea jurisprudencial (anteriormente expuesta) que considera irrelevante el dato de quién ha tomado la iniciativa delictiva. No obstante, el razonamiento que lleva a nuestro Alto Tribunal a adoptar esta decisión introduce un matiz que merece ser resaltado: *“es cierto que la iniciativa de delinquir fue autónoma y libre por parte de los tres recurrentes, pero en la medida que su realización les era imposible, tal iniciativa no era más que un deseo de imposible realización (...) la intencionalidad delictiva de los recurrentes era absolutamente irreal, se trataba de un deseo irrealizable, y como tal merece, también ser calificado como impune (...) fueron los agentes encubiertos los que con su decisiva aportación trataron de dar efectividad a lo que sin su aporte se hubiera quedado en deseo”⁴³*. Así, de acuerdo con esta argumentación, la razón para estimar el delito provocado en este caso es que Bartolomé *previsiblemente no hubiera llevado a cabo el delito* de no ser por la intervención

⁴¹ No obstante, adviértase ya de entrada la dificultad que entraña intentar identificar un derecho fundamental cuya vulneración dependa de quién ha tomado la iniciativa de cometer un delito.

⁴² STS 427/2013, de 10-5.

⁴³ STS 427/2013, de 10-5.

policial⁴⁴. Esto es, que Bartolomé, en realidad, no era peligroso⁴⁵. De este modo, parece introducirse un nuevo criterio en la delimitación del elemento subjetivo del delito provocado: la peligrosidad del autor.

6.1.2. La peligrosidad del autor

El segundo de los problemas relativos al elemento subjetivo del delito provocado consiste en determinar cuál es la relevancia de que la infracción realizada *previsiblemente no se hubiera llevado a cabo* sin la intervención de quien pretende obtener su represión. Esto es, qué trascendencia tiene la *peligrosidad del sujeto* que delinque⁴⁶.

⁴⁴ Ciertamente, los términos que emplea la sentencia citada para aludir al plan de Bartolomé (“*no era más que un deseo de imposible realización*” y “*la intencionalidad delictiva de los recurrentes era absolutamente irreal*”) no parecen referirse a que previsiblemente no se hubiera llevado a cabo el delito, sino a que dicho delito *hubiera sido imposible de realizar* sin la contribución policial. De ser así, el Tribunal Supremo estaría condicionando el delito provocado a que la infracción *hubiera sido irrealizable* sin la intervención de quien pretende obtener su represión. Precisamente, la STS 835/2013, de 6-11, parece emplear este criterio para descartar un delito provocado: “*el control de la aduana tampoco podría considerarse tan infranqueable como para concluir que, de no ser por la colaboración del agente, habría resultado imposible llevar a buen término la importación. Que es como decir que no todas las que se consuman con éxito (que, sabido es, no son pocas) obtienen ese resultado debido a la implicación en ellas de un agente policial, que es lo único que permitiría conferir a esta un carácter por completo determinante, que no tuvo*”. En esta resolución se rechaza el delito provocado porque la operación de tráfico de drogas juzgada hubiera sido potencialmente realizable sin la contribución policial que, en este caso, consistió en facilitar el paso de la frontera. Al fin y al cabo, tal como señala el párrafo transcrito, muchas operaciones internacionales de tráfico de drogas se consuman con éxito sin contar con la colaboración de un agente policial en la aduana. Esto demostraría —según la STS 835/2013, de 6-11— que el delito no era irrealizable sin la contribución policial y, por ello, descartaría la posibilidad de apreciar un delito provocado. Pues bien, esta clase de razonamientos, desarrollados coherentemente, *comportarían que el delito provocado fuera inaplicable*. En efecto, si la estimación de un delito provocado se condiciona a que la infracción fuera irrealizable sin la intervención policial —y no, simplemente, a que previsiblemente no se hubiera llevado a cabo— nunca podría apreciarse un delito provocado. Cualquier delito que haya sido cometido gracias a la colaboración de la policía —por importante que esta haya sido— resulta potencialmente realizable sin ella. Basta con encontrar una persona que preste esa misma colaboración. Así, por ejemplo, en el caso de Bartolomé, la operación marítima que planeaba podría haberse llevarse a cabo —sin contribución policial alguna— si algún traficante le hubiera proporcionado una embarcación y una tripulación dispuesta a realizar el viaje. Esto no es *imposible*, simplemente es *poco probable*. Lo contrario supondría admitir que todas las operaciones marítimas de tráfico de drogas cuentan con la colaboración de la policía. La misma reducción al absurdo que lleva a cabo la mentada STS 835/2013, de 6-11, para descartar el delito provocado puede hacerse extensible a cualquier delito imaginable en el que haya colaborado un policía. Por ello, condicionar la absolución a que el delito fuera irrealizable sin la contribución policial comportaría dejar sin contenido la figura del delito provocado. Sobre esta idea vid. *infra* el apartado 3 del capítulo VI.

⁴⁵ La SAP Madrid —sección 23ª— 397/2015, de 5-6, parece emplear este mismo criterio para descartar un delito provocado en un caso en que la “*intencionalidad de realizar la operación de tráfico de drogas por parte de la agrupación criminal es absolutamente real no solamente porque ya venía realizado este tipo de operaciones de forma regular, contando con los medios necesario para ello, sino también porque en esta concreta operación demostraron capacidad para traer la droga hasta Barajas y para contactar con terceros compradores de la misma en España*”.

⁴⁶ Advértase que la peligrosidad a la que se refiere el elemento material del delito provocado va referida a un determinado *hecho*. En cambio, la peligrosidad a la que se alude en el texto se asocia a un *sujeto*. La primera apunta a la relación entre un comportamiento ejecutivo y la lesión del bien jurídico. La segunda a la probabilidad de que un sujeto lleve a cabo una determinada conducta delictiva. Por ello, la peligrosidad

Pues bien, aunque el elemento subjetivo no haga ninguna referencia a la peligrosidad del autor, numerosas resoluciones judiciales parecen emplear este criterio —sin mencionarlo expresamente— para delimitar el ámbito del delito provocado⁴⁷. Un ejemplo paradigmático lo encontramos, de nuevo, en el ámbito de las *compras simuladas de drogas*. Aquí el supuesto prototípico sería el de un policía de incógnito que —al contrario que en los casos expuestos anteriormente— toma la iniciativa y se dirige a un sujeto para solicitarle la adquisición de una determinada cantidad de droga. Dicho sujeto acepta la propuesta y, motivado por la misma, se pone en contacto con un tercero para comprar la droga solicitada. Si el sujeto en cuestión no disponía previamente —de forma mediata o inmediata— de la sustancia requerida, parece evidente que el delito de tráfico de drogas que comete ha sido incitado por la policía. No obstante, en numerosas resoluciones judiciales se niega la concurrencia de un delito provocado en estos casos por considerar que el autor se *dedicaba habitualmente* al tráfico de drogas⁴⁸. De esta forma, se descarta el delito provocado en base a la peligrosidad de quien resulta incitado.

La STS 1804/1992, de 21-7, plasma con claridad esta idea: “*lo que resulta decisivo es que, merced a la provocación, se llegue a la persuasión de que el acto suscitado viene a ser apendicular de otros anteriores, especie de punta de iceberg de una dedicación delictual precedente*”. De este modo, el foco de atención se sitúa en la peligrosidad que se infiere de la actuación del autor. En esencia, lo determinante acaba siendo si el sujeto que delinque se comporta como un traficante y, por tanto, resulta previsible que hubiera cometido infracciones similares al margen de la incitación policial. El siguiente

del autor no es un dato que deba tenerse en consideración a efectos de apreciar el elemento material del delito provocado.

⁴⁷ Sin lugar a dudas, la utilización de este criterio por parte de nuestra jurisprudencia trae causa de la influencia de la *doctrin of entrapment* norteamericana. Como más adelante se pondrá de manifiesto (vid. *infra* el apartado 1 del capítulo III) la jurisprudencia estadounidense emplea —de forma explícita— el criterio de la peligrosidad del autor para delimitar los casos en que este debería ser absuelto.

⁴⁸ Las referencias a la *dedicación habitual precedente* son frecuentes en nuestra jurisprudencia. En la STS de 29-11-1990 se niega el delito provocado en base a que “*la dedicación habitual de los procesados a tales actividades se desprende claramente de los hechos relatados*”. La STS 769/1999, de 13-5, afirma que “*la dedicación a una ilícita actividad, concretamente al tráfico de drogas, por la acusada que hoy recurre, existió con anterioridad a la actuación policial y era objeto de investigación*”. La SAP Valencia —sección 3ª— 164/2003, de 11-3, señala que “*parece deducirse de ese comportamiento una dedicación habitual o al menos frecuente del acusado a la intermediación y al aprovechamiento de sus estancias en el parking para la captación de clientes drogadictos*”. Vid. también cómo algunas resoluciones judiciales aprecian un delito provocado tras rechazar la existencia de dicha dedicación habitual. Así, la SAP Zaragoza —sección 3ª— 16/2005, de 28-2, absuelve a los sujetos incitados porque “*no se ha probado por ningún medio que se dediquen al tráfico de drogas*”. Lo mismo ocurre en la SAP Sevilla —sección 1ª— 188/2000, de 21-3: “*no ha quedado probado que Florián G. I. tuviera relaciones con el tráfico de estupefacientes*”. En la misma dirección apunta la STS 204/2013, de 14-3: “*tampoco se declara probado que los acusados tuvieran la droga previamente en su poder o bajo su capacidad de decisión. O que existan datos que demuestren que venían dedicándose al tráfico de tales sustancias*”.

fragmento de la STS 1651/1993, de 2-7, es ilustrativo de este proceder: “*tan importante cantidad de droga, en tan poco tiempo, no se adquiere, si no es por quien se dedica a su ilegal tráfico*”. Aquí, el Tribunal Supremo deduce que el sujeto incitado se dedica al tráfico de drogas poniendo en relación la cantidad de droga requerida con el tiempo que se ha tardado en conseguirla. De forma similar, la SAP —sección 4ª— 101/2010, de 11-2, descarta el delito provocado basándose en que “*no resulta creíble que una persona que no se dedica a vender droga, acepte, sin más, facilitar droga a unos desconocidos, por mucha insistencia que muestren*”. Así, la exclusión del delito provocado en este caso parece traer causa de la convicción del tribunal de que el sujeto incitado se dedicaba a vender droga⁴⁹. Esto es, de que previsiblemente hubiera cometido delitos similares sin la intervención policial.

En todo caso, conviene destacar que la jurisprudencia no reconoce expresamente que, en estos casos, el criterio que emplea para delimitar el elemento subjetivo del delito provocado hace referencia a la peligrosidad del autor⁵⁰. La razón que suelen esgrimir los tribunales para rechazar el delito provocado en estos casos es que la persona abordada —que se dedica habitualmente al tráfico de drogas— ya estaba previamente decidida a delinquir⁵¹. En otras palabras, que se trata de un *omnimodo facturus* que no puede ser incitado al hecho⁵². No obstante, tal y como indica la propia jurisprudencia al tratar casos de inducción “*la mera inclinación o disposición del autor para la comisión del hecho no excluye la posibilidad de inducción*”⁵³. Del mismo modo que un sicario puede ser inducido a cometer un asesinato, quien se dedica habitualmente a vender drogas puede ser incitado a realizar un delito contra la salud pública. El hecho de que un sujeto tenga los contactos, los conocimientos y la predisposición para cometer esta clase de delitos no

⁴⁹ La misma convicción de que quien acepta llevar a cabo un acto de tráfico de drogas suele dedicarse habitualmente a ello aparece en la STS de 21-02-1986: “*sus protagonistas no suelen ser episódicos o casuales autores ocasionalmente tentados por la realización de un acto singular o aislado de donación o venta de alguna dosis o cantidad ínfima de aquellas sustancias, sino personas u organizaciones que, presididas por una decidida y permanente voluntad tendencial en proscritable ánimo de lucro, se hallan dispuestas, con una cierta habitualidad cuando no profesionalidad, a ensanchar y proliferar cauces de circulación y colocación de tan nocivos productos atentatorios a la incolumidad pública, y a la salud colectiva en suma*”.

⁵⁰ Incluso, alguna sentencia niega expresamente que este pueda ser un criterio válido para delimitar el delito provocado: “*no puede afirmarse que los acusados estaban predispuestos a delinquir, en primer lugar porque sería una afirmación gratuita y además porque sería inoperante pues el principio de hecho exige que el Derecho Penal se sancione conductas sin que sea dable que la culpabilidad por el hecho (inexistente) sea suplantada por una pretendida culpabilidad de vida o culpabilidad de carácter*” (SAP Madrid —sección 5ª— 584/2000, de 9-5).

⁵¹ Ampliamente sobre ello, CASTELLVÍ MONSERRAT, *El delito provocado*, cit., págs. 47 y ss.

⁵² Sobre el concepto de *omnimodo facturus* vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10 ed., Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 418.

⁵³ STS 990/2013, de 30-12.

excluye que pueda ser incitado a ello. Lo que ponen de manifiesto estos datos no es que dicho sujeto estuviera previamente decidido a cometer ese delito, sino que probablemente hubiera cometido uno similar al margen de la incitación realizada. En definitiva, que se trata de un sujeto peligroso.

Esta misma clase de razonamientos pueden encontrarse en otros ámbitos delictivos. En especial, en casos relativos a delitos contra la propiedad intelectual. En este sentido, resulta esclarecedora la comparación entre los siguientes supuestos de hecho:

i) Un investigador privado contratado por una asociación de editores se dirige a un establecimiento de fotocopias y, haciéndose pasar un cliente, solicita la copia íntegra de varios libros protegidos por derechos de autor. El encargado del establecimiento accede a ello con toda normalidad sin presentar ninguna objeción⁵⁴; j) Un detective privado contratado por Microsoft se dirige a un establecimiento de productos informáticos y, tras adquirir un ordenador, solicita al encargado que le instale gratuitamente el sistema operativo Windows XP. Aunque al principio el encargado se muestra renuente a ello, el detective privado consigue con su insistencia que finalmente acceda a su petición⁵⁵.

Tanto en el caso i) como en el j) se comete un delito contra la propiedad intelectual que trae causa de la solicitud de un investigador privado. No obstante, en el supuesto i) no se aprecia un delito provocado respecto al encargado de la copistería y, en cambio, en el caso j) se estima dicha figura en relación al encargado del establecimiento de productos informáticos. La única diferencia entre ambos supuestos es que, mientras que en el primero el investigador privado logra su objetivo sin ningún género de oposición, en el segundo el encargado se muestra renuente a aceptar su solicitud y solo reconsidera su postura tras la insistencia del detective. Así, en el primer caso se afirma que el encargado de la copistería “*se avino de buen grado a efectuar las fotocopias y por ello a llevar a cabo la actividad que se le demandaba con toda normalidad y sin ejercer ningún tipo de presión o algún género de insistencia*”⁵⁶. En cambio, en el segundo “*el detective,*

⁵⁴ SAP Castellón —sección 3ª— 56/2003, de 27-2.

⁵⁵ SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1.

⁵⁶ SAP Castellón —sección 3ª— 56/2003, de 27-2. En todo caso, debe señalarse que en esta sentencia, pese a rechazarse la concurrencia de un delito provocado, finalmente se absuelve al encargado de la copistería del delito contra la propiedad intelectual del que se le acusaba en base al principio de intervención mínima. Según esta resolución, facilitar una copia para uso privado desde un establecimiento mercantil constituye un ilícito civil —pues el art. 31.2 LPI excluye estas conductas del ámbito de las copias privadas que no requieren autorización del autor— pero no tiene lesividad suficiente para constituir un delito del art. 270 CP mientras el titular o gerente del establecimiento no “*dispusiera del original o de la llamada copia maestra y de las mismas hiciera, a cambio del correspondiente precio, fotocopias a todo aquel que lo solicitara sin aportar a su vez el modelo a copiar*”. En sentido similar, SAP A Coruña —sección 6ª— 2/2007, de 23-1. No obstante, otras resoluciones judiciales no atienden a esta clase de consideraciones y condenan penalmente en estos casos. Vid. por ejemplo la SAP Asturias —sección 3ª—90/2001, de 28-3.

*alegando que el ordenador era para su madre y que no quería gastarse demasiado dinero, solicitó en varias ocasiones al acusado que le instalara gratuitamente los programas necesarios para poder utilizar el ordenador, procediendo al acusado, ante la insistencia del detective privado, a instalar el sistema operativo Windows XP*⁵⁷. De este modo, el criterio que distingue ambos casos tiene que ver, de nuevo, con la *peligrosidad* del sujeto incitado. Mientras que el encargado de la copistería previsiblemente hubiera cometido un delito similar —dado que el detective se comportó como un cliente cualquiera— dicho pronóstico no puede hacerse extensible al responsable del establecimiento de productos informáticos, pues este último solo cedió ante la insistencia extraordinaria del investigador privado. A pesar de que ninguno de los dos sujetos estuviera decidido a delinquir, el primero era peligroso y el segundo no. Por ello, en el primer caso se descartó el delito provocado y en el segundo se estimó⁵⁸.

¿Debería influir de algún modo la peligrosidad del sujeto que delinque en la apreciación del delito provocado? De acuerdo a la definición del elemento subjetivo ofrecida por el Tribunal Supremo —incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir— resulta evidente que la respuesta debería ser negativa. Además, ninguno de los cuatro argumentos con los que la jurisprudencia fundamenta esta figura puede explicar por qué este dato debería tenerse en consideración⁵⁹.

Los únicos argumentos jurisprudenciales que permiten sostener la relevancia de la peligrosidad se basan en la necesidad de “*frustrar nuevas realidades delictivas*”⁶⁰. Así, por ejemplo, en relación al tráfico de drogas se ha sostenido que las compras simuladas

Ampliamente sobre este problema DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, núm. 88, 2009, págs. 118 y ss.

⁵⁷ En este último caso, según la SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1.

⁵⁸ Este mismo criterio puede ser identificado en la SAP Madrid —sección 15ª— 336/1999, de 20-9, en un caso muy similar: “*así, no es que los investigadores privados hubieran conseguido persuadir a éste para el fotocopiado de alguna publicación, sino que obtuvieron fotocopias de libros que allí se venían realizando con cierta normalidad*”. Adviértase que en este párrafo se niega que la solicitud de los investigadores privados constituya una incitación a delinquir por el hecho de que en la copistería se llevaran a cabo fotocopias completas de libros de manera habitual. De este modo, parece asumirse que quien realiza una actividad “con cierta normalidad” no puede ser incitado a ella. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, esto no es así. La solicitud de los investigadores constituye efectivamente una incitación dirigida a quien no está decidido a cometer ese delito. El criterio conforme al cual se descarta la concurrencia de un delito provocado en este caso es, de nuevo, el de la peligrosidad del encargado de la copistería. Al fin y al cabo, si en el establecimiento se llevaban a cabo infracciones contra la propiedad intelectual de manera habitual resulta previsible que su encargado hubiera realizado delitos similares sin la intervención de los investigadores privados.

⁵⁹ Adviértase que el argumento que aquí se ha denominado “de la peligrosidad” va referido al riesgo que implica un determinado *hecho* para el bien jurídico protegido, y no a la peligrosidad del *autor* que lo lleva a cabo. Por ello, dicho argumento no puede explicar por qué la peligrosidad del sujeto que ha delinquido debería ser relevante para delimitar el delito provocado.

⁶⁰ STS 1166/2009, de 19-11.

son la “*única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de nuestro tiempo que tantos estragos está produciendo, sobre todo entre la juventud, cuya protección ha de salvaguardar en primera línea la Ley punitiva; de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce la posibilidad y conveniencia de sancionar estas últimas conductas*”⁶¹. Esta clase de consideraciones pragmáticas también se han plasmado en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual. Así, se ha defendido el castigo de quien accede en condiciones normales a la petición de un investigador privado en base a que “*solamente en la forma indicada y empleando medios probatorios como los aquí utilizados es posible el descubrimiento de las actividades que puedan considerarse ilícitas por quien persigue su sanción*”⁶². En definitiva, de acuerdo con estos argumentos, la necesidad de combatir eficazmente el crimen justificaría que los sujetos incitados peligrosos sean castigados⁶³.

6.2. Problemas relativos a las consecuencias del delito provocado

El delito provocado comporta la impunidad del sujeto que ha delinquido. Ninguna sentencia pone en duda esta premisa. No obstante, la extensión que debe tener dicha impunidad sí que es objeto de algunas controversias relevantes. A continuación, se expondrán dos de ellas. En primer lugar, la relativa a la posibilidad de castigar las *infracciones descubiertas* mediante un delito provocado. En segundo término, la que atañe al tratamiento que debe tener el *exceso* en un delito provocado.

6.2.1. Las infracciones descubiertas

Una vez se ha estimado un delito provocado, el principal problema que plantea esta figura tiene que ver con la extensión de sus efectos. En particular, con la posibilidad de castigar las *infracciones descubiertas* a través de un delito provocado. Para ilustrar esta problemática conviene recuperar el caso j).

j) Un detective privado contratado por Microsoft se dirige a un establecimiento de productos informáticos y, tras adquirir un ordenador, solicita al encargado que le instale gratuitamente el sistema operativo Windows XP. Aunque al principio el encargado se muestra renuente a ello, el detective privado consigue con su insistencia que finalmente acceda a su petición. Constatado por parte de Microsoft que los programas instalados

⁶¹ STS de 20-02-1973.

⁶² SAP Castellón —sección 3ª— 56/2003, de 27-2. En sentido muy similar SAP Madrid —sección 16ª— 655/2016, de 29-11.

⁶³ De todos modos, los argumentos expuestos no constituyen propiamente fundamentos del delito provocado, pues no explican por qué los sujetos no peligrosos deberían permanecer impunes. En realidad, ni siquiera se mueven en el mismo plano que los cuatro argumentos —voluntariedad, peligrosidad, prueba nula y legitimidad— con los que se fundamenta esta figura.

*carecían de la correspondiente licencia, se presenta una querrela por un delito contra la propiedad intelectual. A raíz de la misma, la policía efectúa un registro en el establecimiento, encontrando doce equipos informáticos que tenían instalados programas de Microsoft sin la correspondiente licencia*⁶⁴.

Tal como ya se ha expuesto, en este caso se aprecia un delito provocado respecto a la infracción contra la propiedad intelectual que ha sido incitada por el detective privado. No obstante, a raíz de dicha actuación, la policía efectúa un registro en el establecimiento donde se llevó a cabo la infracción y descubre varios delitos que ya se habían consumado con anterioridad. ¿Pueden castigarse dichas infracciones a pesar de que su descubrimiento traiga causa de un delito provocado?

Resulta obvio afirmar que las infracciones descubiertas no pueden ser calificadas como delitos provocados. Su realización es previa a la intervención del investigador privado y, por tanto, ni son el resultado de su incitación ni el riesgo para el bien jurídico estaba excluido de antemano. Ninguno de los tres elementos del delito provocado concurre en dichas infracciones.

No obstante, de forma insólita⁶⁵, en el caso j) se absolvió al encargado del establecimiento de productos informáticos por todas las infracciones descubiertas (y no solo por aquella que constituía un delito provocado). Es decir, se extendieron los efectos del delito provocado a todas las infracciones reveladas mediante aquel. El razonamiento que emplea el tribunal para llegar a esta conclusión se basa en el desarrollo coherente del argumento de la prueba nula: *“todos los descubrimientos efectuados como consecuencia de esta ilícita actuación provocadora no pueden ser objeto de sanción penal por cuanto, en caso contrario, estaríamos otorgando unos efectos inculpativos a algo que, de origen, era radicalmente ilegítimo, estando ello proscrito por el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*⁶⁶. En efecto, si mediante el delito provocado se vulnera algún derecho fundamental, todas las pruebas obtenidas *directa o indirectamente* a través del mismo deberían declararse nulas. De este modo, los delitos descubiertos mediante un delito provocado deberían resultar impunes.

Cabe destacar que algunas resoluciones judiciales que siguen un planteamiento parecido —fundamentando el delito provocado con el argumento de la prueba nula— han tratado

⁶⁴ SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1. En aras a la simplicidad, en el apartado anterior se ha omitido deliberadamente la parte final de este supuesto de hecho.

⁶⁵ Pues, salvo error u omisión por mi parte, se trata del único caso en que la jurisprudencia española extiende la impunidad del delito provocado a las infracciones descubiertas mediante aquel.

⁶⁶ SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1.

de restringir los efectos de la nulidad de la prueba recurriendo a la doctrina constitucional de la *conexión de antijuridicidad*. En concreto, han fundado la condena por los delitos descubiertos en la excepción del descubrimiento inevitable. Así, la SAP Cádiz —sección 4ª— de 4-6-2001, en un caso calcado al j), concluye que el registro posterior del establecimiento no queda abarcado por la nulidad probatoria porque “*la simple denuncia de los hechos, abstracción hecha del actuar que sí fue provocado, hubiera llevado a una investigación idéntica*”. La SAP Madrid —sección 15ª— 214/2003, de 8-5, llega a la misma conclusión en un caso en el que, mediante un delito provocado de tráfico de drogas, se descubre un delito de tenencia ilícita de armas. Aquí, el tribunal sostiene que la nulidad de la prueba no alcanza la tenencia del arma descubierta porque esta “*pudo ser conseguida por medios independientes a la vulneración mencionada, tales como un simple cacheo, intervención judicial o un auto de entrada y registro*”. En definitiva, aunque estas resoluciones fundamentan el delito provocado en el argumento de la prueba nula, castigan las infracciones descubiertas amparándose en la posibilidad de que estas fueran puestas de manifiesto de otra manera.

No obstante, el recurso a la doctrina del descubrimiento inevitable no puede fundamentar satisfactoriamente el castigo de las infracciones descubiertas mediante un delito provocado. En primer lugar, para aplicar dicha excepción debe acreditarse que el delito en cuestión iba a ser descubierto *inevitablemente*⁶⁷ y no, como parecen indicar las resoluciones aludidas, que *podría* haber sido descubierto por medios lícitos⁶⁸. La posibilidad teórica de descubrir un delito sin vulnerar derechos fundamentales existe en todos los casos y, por si misma, no permite romper la conexión de antijuridicidad. Además, el Tribunal Supremo español —al contrario que el Tribunal Supremo norteamericano— ha restringido expresamente esta excepción a las actuaciones de buena

⁶⁷ Vid. al respecto DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, JPD, núm. 43, 2002, pág. 46; MIRANDA ESTRAMPES, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, JPD, núm. 47, 2003, págs. 58; NIEVA FENOLL, “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, LL, núm. 9068, 2017, pág. 5.

⁶⁸ La SAP Cádiz —sección 4ª— de 4-6-2001 apunta en dicha dirección al omitir cualquier referencia a la inevitabilidad del descubrimiento: “*el alcance anulatorio de la prueba ilícita a que alude el art. 11 de la LOPJ, se extiende tan solo a las obtenidas con infracción de los derechos y libertades fundamentales, siendo igualmente nulos los elementos probatorios conseguidos a través de una prueba ilícita siempre que, la relación de casualidad o dependencia sea palmaria y exista imposibilidad de su obtención por otros medios legales, motivo por el cual los efectos reflejos no entran en juego, cuando el resultado logrado se hubiera obtenido igualmente por otras vías distintas a la utilizada*”.

fe⁶⁹, lo cual impide trasladar sus efectos a vulneraciones intencionales como las que se producen en estos casos⁷⁰.

En definitiva, salvo en casos muy excepcionales, el desarrollo coherente del argumento de la prueba nula debería comportar la impunidad los todos las infracciones descubiertas mediante un delito provocado. Con este fundamento, la pregunta acerca si las infracciones descubiertas mediante un delito provocado pueden ser castigadas debería responderse de forma negativa.

En cambio, con el resto de argumentos que fundamentan el delito provocado las infracciones descubiertas deberían ser castigadas. Las razones resultan evidentes. Si el motivo de la impunidad que comporta el delito provocado tiene que ver la atipicidad de la conducta —como ocurre con los argumentos de la voluntariedad y la peligrosidad— no existe ninguna razón para extender dicha impunidad a los hechos descubiertos que sí resultan típicos. Por otro lado, si el fundamento de la absolución es la falta de legitimidad del Estado para castigar un hecho promovido por sus propias autoridades, dicha absolución no podrá extenderse a otros hechos cuya comisión no ha sido favorecida por las mismas. Así, con cualquiera de estos fundamentos, la cuestión sobre el castigo de las infracciones descubiertas a través de un delito provocado debería resolverse afirmativamente.

6.2.2. El exceso

El segundo problema aplicativo relativo a las consecuencias del delito provocado está íntimamente relacionado con el que se acaba de exponer. Se trata del tratamiento que debe recibir el *exceso* del sujeto incitado en el delito provocado. El siguiente supuesto pone de relieve esta problemática:

k) Varios policías de incógnito se aproximan a Juan y le ofrecen una importante recompensa a cambio de proporcionarles cinco kilos de hachís. Juan se pone en contacto con un amigo para conseguirlos y, durante la negociación, decide adquirir algunos kilos

⁶⁹ En este sentido, la STS 974/1997, de 4-7, afirma que “la limitación del descubrimiento inevitable debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”.

⁷⁰ Asimismo, adviértase que la excepción del descubrimiento inevitable solo resulta aplicable respecto de las pruebas indirectas o reflejas. Vid. DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., pág. 41. Por ello, tampoco podrá ser empleada cuando las pruebas de las infracciones descubiertas mediante un delito provocado deriven directamente de este. Solamente podría plantearse dicha excepción cuando el descubrimiento traiga causa de posteriores actuaciones lícitas motivadas por la información obtenida mediante el delito provocado.

*más de la sustancia en cuestión. Posteriormente, en el momento de la entrega de los 5 kilos Juan es detenido con todo el hachís adquirido*⁷¹.

En este caso se aprecia un delito provocado de tráfico de drogas respecto a los 5 kilos de hachís solicitados por la policía. No obstante, en relación a la droga adicional adquirida por Juan al ponerse en contacto con su proveedor se considera que “*la extralimitación de éste no tiene por qué quedar impune*”⁷². De este modo, la impunidad queda limitada al objeto de la incitación y Juan es condenado por la tenencia preordenada al tráfico de la droga restante.

¿Debe castigarse el exceso en un delito provocado? Desde luego, con el argumento de la voluntariedad la respuesta debería ser positiva. La decisión de ir más allá del delito incitado no se encuentra viciada, pues surge espontáneamente del sujeto que delinque. Lo mismo ocurriría con el argumento de la legitimidad. El Estado solo caería en contradicción cuando reprocha aquello que él mismo ha favorecido intencionalmente, cosa que no sucede respecto al exceso. En cambio, el argumento de la prueba nula obligaría a abogar por la impunidad del exceso. Al igual que ocurría con las infracciones descubiertas mediante un delito provocado, la nulidad de la prueba debería extenderse al exceso llevado a cabo por el sujeto incitado. Al fin y al cabo, dicho exceso constituye una infracción que ha sido descubierta directamente mediante el delito provocado. Por último, con el argumento de la peligrosidad no podría darse una respuesta *a priori* a esta pregunta. Si el exceso puso en riesgo el bien jurídico protegido debería optarse por el castigo y, si no hizo, por la impunidad. Por ejemplo, en el caso 1) parecería que no se ha puesto en riesgo el bien jurídico protegido. Si se considera que la compra simulada de los 5 kilos de hachís no ha puesto en riesgo la salud pública, debería llegarse a la misma conclusión respecto al exceso que, a fin de cuentas, ha seguido el mismo camino que los 5 kilos solicitados por la policía. Sin embargo, si una parte de la droga adicional adquirida por Juan hubiera ido a parar a manos de un consumidor antes de ser detenido por la policía, el exceso debería ser castigado.

6.3. Problemas relativos al alcance del elemento material

Los principales problemas aplicativos que presenta el elemento material del delito provocado tienen que ver con la concreción de su alcance. Recordemos que este elemento requiere “*la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido*”⁷³. Pues bien,

⁷¹ STS 1385/1993, de 14-6.

⁷² STS 1385/1993, de 14-6.

⁷³ SSTs 427/2013, de 10-5; 395/2014, de 13-5; 253/2015, de 24-4.

como se verá a continuación, determinar si en un supuesto concreto no ha existido peligro para el bien jurídico no resulta, ni mucho menos, una cuestión sencilla. Además, el problema se agrava cuando nos encontramos ante delitos de peligro presunto.

6.3.1. El riesgo para el bien jurídico

La delimitación del elemento material del delito provocado resulta más compleja de lo que *a priori* pudiera parecer. Los criterios que deben emplearse para valorar la (in)existencia de dicho peligro no son, para nada, evidentes. Para ilustrar este problema, resulta útil volver a reproducir el caso k).

k) Varios policías de incógnito se aproximan a Juan y le ofrecen una importante recompensa a cambio de proporcionarles cinco kilos de hachís. Juan se pone en contacto con un amigo para conseguirlos y, durante la negociación, decide adquirir algunos kilos más de la sustancia en cuestión. Posteriormente, en el momento de la entrega de los 5 kilos Juan es detenido con todo el hachís adquirido⁷⁴.

Recuérdese que en este supuesto se aprecia un delito provocado de tráfico de drogas (al menos respecto a los 5 kilos de hachís solicitados por la policía). De este modo, se asume que la conducta de Juan no ha puesto en riesgo el bien jurídico “salud pública”. No obstante, al igual que ocurre con la mayoría de compras simuladas de drogas⁷⁵, entre la oferta y la entrega de la droga ha transcurrido un intervalo de tiempo durante el cual la policía no tiene controlados los movimientos de Juan. Es decir, desde que Juan adquiere la droga hasta que trata de vendérsela a los agentes policiales existe un lapso de tiempo en el que las sustancias ilícitas no se encuentran vigiladas. ¿Desde qué perspectiva puede afirmarse que ello no ha puesto en riesgo el bien jurídico protegido?

Desde la perspectiva *ex ante* de Juan indudablemente se ha puesto en peligro la salud pública. Al fin y al cabo, él desconocía que su comprador era un agente de la policía. El requisito material del delito provocado no puede referirse al riesgo *ex ante* que concurre desde el punto de vista de quien ha cometido el delito, pues de lo contrario la aplicación de esta figura quedaría reducida a las tentativas irreales, ya de por sí atípicas⁷⁶.

Sin embargo, dicho elemento tampoco puede referirse a que no existiera absolutamente ninguna posibilidad de que la droga fuera a parar a manos de un consumidor. La policía raramente lleva a cabo un seguimiento exhaustivo de todos los pasos del sujeto incitado previos a la entrega de la droga. En muy pocos casos podrá excluirse totalmente la

⁷⁴ STS 1385/1993, de 14-6.

⁷⁵ Vid. por ejemplo las SSTS de 18-4-1972; de 14-6-1975; de 8-7-1980; de 20-02-1991; 493/1992, de 4-3.

⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 367.

posibilidad de que, una vez adquirida la droga, el sujeto incitado cambie de opinión y se la venda a otro interesado que, por ejemplo, esté dispuesto a pagar más por la mercancía⁷⁷. Si la ausencia de riesgo para el bien jurídico se entiende de este modo, la inmensa mayoría de compras simuladas de drogas quedarían extramuros del delito provocado. Así, desde luego, en el caso k) Juan debería ser castigado por haber puesto en riesgo la salud pública.

La STS 451/2013, de 29-5, advierte perfectamente los inconvenientes de emplear esta perspectiva para valorar si la salud pública se ha puesto en peligro: *“por eso, de hacer uso del criterio de peligro manejado por la Audiencia, en esos mismos términos teóricos, habría que concluir como ella lo hace en la práctica totalidad de los supuestos de uso de distintas drogas como señuelo en la actuación de agentes encubiertos o durante las entregas vigiladas. Pues visto el asunto con esa perspectiva de extrema abstracción, nunca sería excluible la existencia de alguna posible desviación, por razón de alguna incidencia sobrevenida”*. Sin embargo, a continuación, se limita a afirmar que puede apreciarse el elemento material del delito provocado porque el *“riesgo podía considerarse razonablemente excluido; como, en efecto, ahora sabemos, lo estuvo de facto”*. En concreto, considera que esto es así *“porque el lapso de tiempo durante el que el hachís y la cocaína de referencia estuvieron fuera del inmediato control de NUM002 y del mediato de los agentes policiales fue apenas teórico”*.

No obstante, en un caso similar, la SAP —sección 5ª— 40/2010, de 15-4, llega a la conclusión contraria porque la droga *“permaneció durante varias horas en poder de Rosendo que tuvo sobre ella plena disponibilidad”* y de este modo *“lo que ocurrió en esas horas no se sabe, como no se sabe el número de comprimidos que recibió Rosendo y si fueron sólo los 137 que se le ocuparon”* derivando de ello que *“el control, o aseguramiento de la inexistencia del riesgo, propio del delito provocado no existió”*⁷⁸.

⁷⁷ FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern“, NJW, núm. 40, 1979, pág. 2017; DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1987, pág. 105; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 78. En sentido similar RUIZ VADILLO, “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, RGD, núm. 596, 1994, pág. 4922; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, EDERSA, Madrid, 1999, pág. 734; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, Leipziger Univ.-Verl, Leipzig, 2001, pág. 193.

⁷⁸ Salvo error u omisión por mi parte, este es el único supuesto en que nuestra jurisprudencia ha descartado la concurrencia de un delito provocado por no apreciar su elemento material. Resulta interesante destacar que, al mismo tiempo, también constituye el único caso en el que nuestros tribunales han condenado al sujeto que llevó a cabo la incitación dirigida a obtener el castigo del autor del delito. Como más adelante se pondrá de manifiesto, esta coincidencia no es casual.

¿Dónde debe situarse el límite a partir del cual se entiende excluido el riesgo para el bien jurídico? Ninguno de los cuatro fundamentos del delito provocado parece estar en condiciones de dar una respuesta a esta pregunta. Los argumentos de la voluntariedad, prueba nula y legitimidad, ni siquiera pueden explicar la exigencia del elemento material en el delito provocado. Por otro lado, el argumento de la peligrosidad simplemente fundamenta la impunidad en la ausencia de riesgo para el bien jurídico, pero no ofrece mayores pautas para definir su contenido⁷⁹.

6.3.2. Delito provocado de peligro presunto

La idea de apreciar un delito provocado de peligro presunto (o formal) tiene algo de contradictoria. Por un lado, el elemento material del delito provocado requiere la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Por el otro, los delitos de peligro presunto se caracterizan por presumir *iuris et de iure* que una determinada conducta es peligrosa para el bien jurídico⁸⁰. Sin embargo, la dudosa compatibilidad de estas dos categorías no ha impedido que la jurisprudencia española aprecie algunos delitos provocados de peligro presunto. El siguiente caso constituye un buen ejemplo de ello:

l) Agentes de la Guardia Urbana de Reus, al constatar que un ciclomotor se encontraba estacionado incorrectamente en la acera, requieren a su propietario para que lo desplace a otro lugar. El propietario en cuestión, les manifiesta que se encuentra ebrio y, además, presenta evidentes síntomas de no estar en condiciones de conducirlo. A pesar de ello, los agentes persisten en su requerimiento. Finalmente, el propietario del ciclomotor lo conduce unos pocos metros, hasta que los mismos agentes de la Guardia Urbana lo detienen por diversos delitos contra la seguridad vial⁸¹.

En este supuesto se estima la concurrencia de un delito provocado de conducción bajo los efectos del alcohol (art. 379.2 CP). El conductor en cuestión solamente recorre unos pocos

⁷⁹ Cuando la jurisprudencia alude al argumento de la peligrosidad suele referirse a la ausencia de riesgo para el bien jurídico en términos absolutos. Así, la STS de 20-2-1973 afirma 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*”. Del mismo modo, la STS de 3-07-1984 indica que cuando concurre esta figura “*de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico*”. También la STS 395/2014, de 13-5, se pronuncia en términos que parecen evocar una exclusión absoluta de cualquier riesgo para el bien jurídico, al señalar que el delito en cuestión “*no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista ab initio intervención policial*”. Incluso, la STS 1166/2009, 19-11, se refiere expresamente a la existencia de un “control absoluto” sobre el delito en cuestión: “*toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias*”. Adviértase que, si esto fuera así, la inmensa mayoría de compras simuladas de drogas quedarían excluidas del ámbito del delito provocado.

⁸⁰ Sobre la cuestionable legitimidad de esta clase de delitos vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 239.

⁸¹ SAP Tarragona —sección 2ª— 508/2009, de 23-11.

metros antes de que los mismos agentes que le han requerido que desplace su vehículo lo detengan. Desde luego, el riesgo que ha generado su pequeño desplazamiento para la seguridad vial es mínimo. No obstante, la propia jurisprudencia reconoce que “*el art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia*”⁸². Si en circunstancias normales se presume⁸³ que ese mínimo desplazamiento ya pone en peligro la seguridad vial, no se alcanza a comprender por qué razón debería sostenerse lo contrario a efectos de apreciar el elemento material del delito provocado. ¿Cuán prolongada debería ser la conducción para afirmar que se ha puesto en riesgo el bien jurídico protegido? De nuevo, ninguno de los argumentos que tratan de fundamentar el delito provocado está en posición de ofrecer una respuesta a estas preguntas.

En todo caso, conviene destacar que la delimitación del elemento material del delito provocado tiene una especial trascendencia político-criminal. En función de cómo se defina su contenido, pueden crearse perversos incentivos para la policía. Así, por ejemplo, si para apreciar un delito provocado en una compra simulada de drogas se requiere un seguimiento exhaustivo del sujeto al que se incita, un agente de policía especialmente interesado en obtener el castigo de dicho sujeto tenderá a no llevarlo a cabo. De este modo, al no haber excluido toda posibilidad de que la droga solicitada acabe en manos de un consumidor, podrá lograr el castigo del sujeto incitado. En cambio, si hubiera llevado a cabo una vigilancia completa de sus movimientos, debería apreciarse el elemento material del delito provocado y, en consecuencia, el sujeto iniciado sería absuelto. Si en ambas situaciones el policía carece de responsabilidad penal por su incitación, resultará muy plausible que se incline por no excluir absolutamente el riesgo para el bien jurídico y, de este modo, lograr que el sujeto iniciado sea castigado. Algo parecido podría ocurrir en el caso l). Si la policía no tiene ningún contra-incentivo para evitarlo, podría dejar que el conductor ebrio se desplazara la distancia suficiente para considerar que ha puesto en riesgo el bien jurídico y, de este modo, conseguir que este último sea sancionado.

⁸² SSTS 436/2017, de 15-6; 55/2018, de 31-1. En esta última resolución se estima que bajar la rampa de entrada y salida de un garaje es suficiente para considerar que se ha conducido un vehículo: “*el hecho de que el trayecto recorrido fuera corto y se hiciera en poco tiempo es, según lo expuesto, irrelevante*”.

⁸³ Dado que la jurisprudencia configura el tipo del art. 379.2 CP, al menos cuando la tasa de alcohol en aire espirado supera los 0,60 miligramos por litro, como un delito formal o de peligro presunto. En este sentido, la STS 794/2017, de 11-12, afirma que “*no es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad in casu para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida*”. Críticamente QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1030, por considerar que presumir *iuris et de iure* que la ingesta tóxica ha influido en la conducción es contrario a la presunción de inocencia.

7. Un problema adicional: el delito comprobado y las sospechas

Desde principios de los años setenta⁸⁴, los tribunales españoles han venido desarrollando una categoría que se contrapone a la del delito provocado. Las denominaciones que recibe esta figura por parte de la jurisprudencia son muy variadas⁸⁵. De entre todas ellas, aquí se optará por la de *delito comprobado*⁸⁶. A continuación, se tratará de poner de manifiesto que esta categoría, o bien es redundante, o bien obligaría a modificar los límites del delito provocado.

El Tribunal Supremo afirma que el delito comprobado concurre cuando “*el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse*”⁸⁷. En todo caso, la consecuencia que comporta el delito comprobado es el *castigo del sujeto que ha delinquido*.

El párrafo transcrito pone de relieve que la categoría del delito comprobado abarca dos clases distintas de supuestos. En primer lugar, caen dentro de su ámbito de aplicación todos aquellos casos en los que no concurre el *elemento subjetivo* del delito provocado. Es decir, cuando “*el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, sino que ya está resuelto a cometerlo*”⁸⁸. En segundo lugar, esta figura también incluye aquellos supuestos en los que, mediante una incitación, se pone de manifiesto “*un delito existente con anterioridad*”⁸⁹. Esto es, cuando a través de un delito provocado se *descubre una infracción* distinta. En ambos casos, la estimación del delito comprobado deberá comportar el castigo del sujeto que ha delinquido.

Adviértase que, formulada en estos términos, la categoría del delito comprobado no aporta ninguna novedad. Simplemente incluye bajo una misma denominación dos grupos de supuestos que, de todos modos, deberían conllevar el castigo del sujeto que ha delinquido *por no concurrir los elementos del delito provocado*. En el primer grupo, caracterizado por la ausencia de una incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir, no concurre el *elemento subjetivo* del delito provocado y, por ello, no existe

⁸⁴ SSTS de 18-4-1972; 20-2-1973; 14-6-1975.

⁸⁵ Algunas de ellas son: provocación policial para el descubrimiento de delitos (SAP Barcelona —sección 8ª— 399/2006, de 23-3), provocación de la prueba (SAP Navarra —sección 3ª— 92/2000, de 12-7), prueba provocada (STS 623/1992, de 12-3), o comprobación delictiva (STS 104/2011, de 1-3).

⁸⁶ Denominación empleada por las SSTS 262/2003, de 19-2; 1110/2004, de 5-10; 395/2014, de 13-5; 589/2015, de 28-9.

⁸⁷ SSTS 1166/2009, de 19-11; 1140/2010, de 29-12; 104/2011, de 1-3.

⁸⁸ STS 1155/2010, de 1-12.

⁸⁹ STS 769/1999, de 13-5.

ninguna razón para absolver a quien ha cometido el delito. En el segundo, las *infracciones descubiertas* mediante un delito provocado no reúnen ninguno de los requisitos de esta figura. Por ello, salvo que se opte por fundamentar el delito provocado con el argumento de la prueba nula⁹⁰, dichas infracciones deberían ser castigadas. Así pues, la razón por la que el delito comprobado comporta el castigo de quien ha delinuido es, simplemente, que no se cumplen los requisitos del delito provocado en las infracciones que se sancionan. En este sentido, los límites y las consecuencias del delito comprobado derivan lógicamente de la construcción del delito provocado. El delito comprobado concurre cuando no puede apreciarse un delito provocado y, precisamente por ello, comporta el castigo de quien ha delinuido. Configurado de este modo, el delito comprobado sería una *categoría redundante*.

Ahora bien, en diversas resoluciones judiciales se ha intentado fundamentar autónomamente el contenido de esta figura, de modo que no sea redundante⁹¹. Así, la STS 2437/1993 de 3-11, afirma que el delito comprobado abarca aquellos supuestos en que “*la actuación del agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior, el cauce por donde viene discurriendo una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial*”. Abundando en esta dirección, la STS 493/1992, de 4-3, especifica que en estos casos “*la actuación policial, si bien utiliza un procedimiento también engañoso fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad, en cuyo caso ha de entenderse que el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (artículo 126) y la Ley (artículo 282 y ss. de la LECrim) le imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial. Se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito. Así pues, la prueba obtenida de este modo es válida para que, llevada a juicio oral, pueda ser valorada por el Tribunal o Juzgado*

⁹⁰ Vid. *supra* el apartado 6.2.1.

⁹¹ Los argumentos que se expondrán a continuación están claramente influidos por la jurisprudencia y la doctrina alemana. Como se verá más adelante, la *unzulässige Tatprovokation* (vid. *infra* el apartado 3 del capítulo III), así como la aproximación mayoritaria de la doctrina alemana a este problema (vid. *infra* el apartado 6.1 del capítulo VI), guardan una estrecha similitud con la configuración del delito comprobado que deriva de dichos razonamientos.

como prueba de cargo apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia”⁹². De acuerdo con los párrafos transcritos, el elemento que caracteriza esta figura —en contraposición al delito provocado— es la licitud de la actuación policial⁹³. En tanto que dicha actuación se dirige al descubrimiento de delitos, su contenido estaría amparado por el art. 282 LECrim⁹⁴. De este modo, las pruebas obtenidas mediante un delito comprobado serían perfectamente lícitas y aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.

Pues bien, aunque la jurisprudencia no ha extraído ninguna consecuencia práctica de esta fundamentación, el desarrollo coherente de la misma *obligaría a modificar los límites del delito provocado*. En concreto, supondría condicionar la estimación de un delito provocado a la *inexistencia de sospechas previas* acerca de la comisión de una infracción. Veámoslo.

En primer lugar, la fundamentación expuesta solo puede ser comprendida si se pone en relación con el argumento de la prueba nula⁹⁵. Con cualquiera de los demás fundamentos del delito provocado, la licitud o ilicitud de la actuación policial que lo ha promovido resulta intrascendente⁹⁶. La eventual justificación de la actuación policial únicamente

⁹² En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 1651/1993, de 2-7; 883/1994, de 11-5; 978/1995, de 5-10. Algunos autores españoles han considerado que el párrafo transcrito trata de fundamentar la impunidad del policía que lleva a cabo la incitación. Así, GARCÍAS PLANAS, “Consideraciones en torno al agente provocador”, CPC, núm. 17, 1982, pág. 84; GARCÍA VALDÉS, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas”, en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDESA, Madrid, 1993, pág. 564; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 90; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 335. No obstante, la alusión que efectúa la jurisprudencia al cumplimiento de los deberes del cargo no pretende justificar la conducta del policía para negar su antijuridicidad penal, sino otorgar validez probatoria a los resultados obtenidos mediante su actuación. Es decir, no trata de fundar la absolución del policía, sino el castigo del sujeto incitado. La jurisprudencia española nunca ha fundamentado la impunidad de los policías que actúan en estos supuestos —ni siquiera *obiter dicta*— por la vía de apreciar una causa de justificación (lo cual supondría un reconocimiento implícito de la tipicidad de su conducta). Únicamente la Fiscalía General del Estado en su respuesta a la Consulta núm. 1/1981 apunta a esta conclusión.

⁹³ Así, la STS 2470/2001, de 27-12, afirma que “*es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos*”.

⁹⁴ La STS de 3-7-1984 apunta en la misma dirección al afirmar que esta clase de actuaciones no solo son legales, sino obligadas para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: “*la doctrina de esta Sala viene a distinguir (...) entre delitos provocados (...) y los medios de investigación encaminados a descubrir delitos ya cometidos, de tracto permanente y de peligro para la salud pública, porque estos medios no sólo son legales, constitucionales, sino, además, obligados por aquellos agentes de la autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos por virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 292) y en las propias Ordenanzas y Estatutos de cada Cuerpo*”.

⁹⁵ En este sentido, la mentada STS 2437/1993, de 3-11, asume claramente los presupuestos de este argumento: “*la provocación de la infracción penal por un agente de la Autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona*”.

⁹⁶ Con los argumentos de la voluntariedad y de la peligrosidad la impunidad del sujeto incitado deriva de la ausencia de injusto. Por ello, la licitud o ilicitud de la incitación policial no puede afectar a su ámbito aplicativo. Por otro lado, respecto al argumento de la legitimidad, no resulta para nada evidente por qué debería influir en la infracción del *venire contra factum* la licitud de la actuación policial.

puede tener relevancia si la impunidad del delito provocado deriva de la vulneración de algún derecho fundamental⁹⁷. Solo si esto es así, el art. 282 LECrim podría servir para legitimar la afectación al correspondiente derecho fundamental y, de este modo, permitir que las pruebas obtenidas mediante la actuación policial puedan sustentar lícitamente una sentencia de condena⁹⁸.

De acuerdo con este planteamiento, los delitos descubiertos mediante una incitación policial amparada por el art. 282 LECrim podrían ser castigados. En tanto que la restricción del derecho fundamental afectado se encuentra justificada, las pruebas obtenidas a través de la actuación policial serán completamente lícitas. Al igual que ocurre con cualquier medida de investigación limitativa de derechos fundamentales —como una intervención telefónica o un cacheo— las pruebas derivadas de la misma serán válidas siempre que la restricción se encuentre justificada. De este modo, el art. 11 LOPJ no resultaría aplicable y, por ello, el problema relativo a la conexión de antijuridicidad desaparecería⁹⁹.

Ahora bien, si la incitación policial se encuentra justificada, *el propio delito incitado también podría ser castigado*. En tanto que dicha incitación haya ido dirigida a descubrir otros delitos —quedando de este modo amparada por el art. 282 LECrim— todas las

⁹⁷ La justificación a la que se alude en el texto no va referida a una causa de justificación jurídico-penal, pues esta presupondría la tipicidad de la actuación policial. Lo que estaría justificando el art. 282 LECrim es la restricción del derecho fundamental que, según el argumento de la prueba nula, se ve afectado por la incitación policial.

⁹⁸ En todo caso, si se admite que las incitaciones policiales restringen algún derecho fundamental, resulta cuestionable que el art. 282 LECrim pueda legitimar dicha restricción. En este sentido se pronuncia la STS de 20-2-1991: “*al interpretar lo dispuesto en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, no pueden entenderse comprendidos entre los medios de comprobación los constitucionalmente ilícitos o reprobables, como sin duda son los tendentes a la provocación del delito, sea cual fuere la ulterior finalidad perseguida o el momento del iter criminis en el que se produzca la provocación del ficticio o real delito*”. Si se asumen los presupuestos del argumento de la prueba nula, parecería más coherente exigir una habilitación legal expresa para justificar las incitaciones policiales dirigidas a descubrir ciertos delitos. Así, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada, 2001, pág. 157, afirma que “*nuestro Tribunal Constitucional considera insuficientes las habilitaciones legales genéricas (en especial, el art. 311 LECrim) para entender satisfecho el requisito de la cobertura legal, cuando se trata de restringir derechos fundamentales en el proceso penal*”. No obstante, en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo la legitimidad de actuaciones policiales que afectan a ciertos derechos fundamentales —por ejemplo, injerencias leves en el derecho a la intimidad— amparándose en la cobertura del art. 282 LECrim. Vid. al respecto las SSTC 70/2002, de 3-4; 173/2011, de 7-11; 115/2013, de 9-5. También, LÓPEZ ORTEGA, “*La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal*”, en *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 305. Por ello, la posibilidad de justificar la incitación policial mediante el art. 282 LECrim dependería, entre otros, de cuál fuera el derecho fundamental afectado por dicha incitación.

⁹⁹ Vid. *supra* el apartado 6.2.1.

pruebas obtenidas serán lícitas, *incluyendo las que acreditan el delito que trae causa de la incitación*. Así, si la policía incita a un determinado delito para poder descubrir otro, tanto el delito descubierto como el delito incitado deberían ser sancionados. Al fin y al cabo, la prueba de ambos deriva de una actuación policial justificada. Si el delito descubierto puede ser acreditado con pruebas lícitas, el delito incitado también.

Así las cosas, la impunidad del sujeto incitado quedaría condicionada a que la incitación policial no fuera dirigida al descubrimiento de (otros) delitos. Solo en estos casos, la restricción del correspondiente derecho fundamental no quedaría amparada por el art. 282 LECrim y, en consecuencia, todas las pruebas obtenidas serían nulas. En definitiva, el factor determinante de la impunidad sería que la incitación policial *no fuera dirigida al descubrimiento de conductas criminales anteriores*.

¿Cuándo una incitación policial no va dirigida al descubrimiento de conductas criminales anteriores? Pues, cuando *no existe ninguna sospecha previa de las mismas*. Esto es, cuando *ex ante* la policía no tiene ninguna razón fundada para creer que mediante la incitación se va a descubrir otro delito. En este sentido, la licitud o ilicitud de la actuación policial no puede condicionarse al efectivo descubrimiento de un delito¹⁰⁰. Dicho de otro modo, la justificación del art. 282 LECrim no puede depender de si la incitación policial finalmente descubre una actividad delictiva previa, pues la posible justificación de una medida de investigación limitativa de derechos fundamentales *se determina siempre ex ante*¹⁰¹. Así, la licitud o ilicitud de una escucha telefónica no depende de si se descubre o no un delito mediante ella, sino de si existían razones fundadas *ex ante* para creer que se pudiera descubrir¹⁰². Del mismo modo, la licitud de un cacheo no se condiciona a que mediante el mismo se encuentre algún objeto prohibido, sino a que *ex ante* el policía que lo efectúa tuviera algún motivo válido para llevarlo a cabo. Por ello, si se admite que el art. 282 LECrim justifica la restricción de algún derecho fundamental afectado por la incitación policial, *la impunidad del sujeto incitado dependerá de los motivos que impulsan dicha actuación*. En concreto, de las *sospechas previas* que tuviera la policía.

¹⁰⁰ Esto es lo que parece hacer la jurisprudencia cuando afirma que “*la actuación del agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior (...) no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial*” (STS 2437/1993 de 3-11). O cuando señala que “*la actuación policial (...) sólo sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad, en cuyo caso ha de entenderse que el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (artículo 126) y la Ley (artículo 282 y ss. de la LECrim)*” (STS 493/1992, de 4-3).

¹⁰¹ Vid. por ejemplo las SSTS 767/2007 de 3- 10; 575/2013, de 28-6. En dichas resoluciones se niega que la falta de confirmación *ex post* de los indicios que motivaron una medida limitativa de derechos fundamentales haga decaer su justificación.

¹⁰² Además del cumplimiento del resto de requisitos de los arts. 588 ter y ss. de la LECrim.

Si la policía tenía sospechas fundadas *ex ante* sobre la comisión de un delito, tanto la infracción descubierta como la infracción incitada podrán ser castigadas. En cambio, si la policía carecía de dichas sospechas, todas las pruebas obtenidas mediante su incitación serán nulas (art. 11 LOPJ).

Adviértase que, de este modo, los límites del delito provocado —tal como han sido expuestos hasta ahora— deberían ser modificados. El delito provocado, como figura que determina la impunidad, no concurriría cuando se produce una incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir con el objetivo de castigarlo sin que se ponga en riesgo el bien jurídico. Más bien, debería apreciarse ante las incitaciones policiales que no traen causa de sospechas previas sobre la comisión de un delito¹⁰³. En tanto que dichas incitaciones restringirían injustificadamente un derecho fundamental, las pruebas derivadas de dicha actuación no permitirían sustentar una sentencia de condena.

El desarrollo coherente de este planteamiento debería conducir a dos consecuencias, como mínimo, sorprendentes: 1) las incitaciones policiales motivadas por sospechas previas comportarían el castigo del delito incitado, aunque finalmente no se descubriera ningún delito previo; 2) las incitaciones policiales que no traen causa de ningún tipo de sospecha previa conllevarían la impunidad del sujeto incitado, a pesar de que se descubriera un delito previo. Para visualizar mejor estas situaciones, recordemos el supuesto g):

g) La policía sospecha que Sergio ha llevado a cabo diversos hurtos de motocicletas. Para descubrir donde esconde los vehículos hurtados, los agentes trazan un plan. Un policía de incógnito se pone en contacto con él. Con el pretexto de necesitar piezas de recambio para su propio vehículo, le ofrece una cuantiosa suma de dinero a cambio de sustraer una motocicleta en concreto. Dicha motocicleta, que en realidad pertenece a la propia policía, es sometida a vigilancia para seguir a Sergio y averiguar donde la esconderá. Finalmente, Sergio lleva a cabo la sustracción y la policía, tras el correspondiente seguimiento, encuentra el descampado donde guardaba cinco motocicletas hurtadas previamente.

La situación 1) se produciría si la incitación que lleva a cabo la policía sobre Sergio trajera causa de sospechas fundadas —por ejemplo, informes de varios confidentes fiables— pero mediante la misma no se descubriera ninguno de los hurtos investigados. Es decir, que tras ofrecer la recompensa y llevar a cabo el seguimiento del hurto incitado, en el descampado donde Sergio finalmente deposita la motocicleta no se encontrara ningún otro vehículo. Pues bien, en este caso, de acuerdo con el planteamiento expuesto, Sergio

¹⁰³ Adviértase que, de acuerdo con esta fundamentación, solamente las incitaciones llevadas a cabo por *agentes policiales* podrían dar lugar a un delito provocado.

debería ser castigado por la tentativa de hurto incitada por la policía. En tanto que dicha incitación estaba motivada por sospechas fundadas y se dirigía al descubrimiento de delitos, la actuación policial estaría amparada por el art. 282 LECrim y todas las pruebas obtenidas mediante ella serían perfectamente lícitas. Aunque *ex post* se demostrara que las sospechas razonables que se cernían sobre Sergio no se corresponden con la realidad —imaginemos que los confidentes fiables en esta ocasión habían mentido para perjudicarlo— la actuación policial seguiría estando justificada y, por ello, las pruebas sobre el delito patrimonial incitado podrían sustentar una sentencia de condena.

La situación 2) tiene la estructura inversa. Imaginemos que esta ocasión la incitación policial no está motivada por ninguna clase de sospecha razonable, sino que trae causa de una rencilla personal entre un agente de la comisaria y Sergio. No obstante, mediante el posterior seguimiento del hurto incitado se encuentran varios vehículos, previamente sustraídos por él, en el descampado donde deposita la motocicleta de la policía. En este caso, el planteamiento señalado obligaría a absolver a Sergio, no solo por el hurto incitado, sino también por las sustracciones descubiertas. La incitación policial no estaría amparada por el art. 282 LECrim y, en consecuencia, todas las pruebas obtenidas serían nulas por haber restringido injustificadamente un derecho fundamental de Sergio. Aunque los hurtos descubiertos no trajeran causa de incitación policial alguna, las pruebas que los acreditan serían ilícitas por provenir de una actuación no justificada.

Desde mi punto de vista, ninguna de estas dos consecuencias resulta, al menos a nivel intuitivo, aceptable. Desde luego, no parece de recibo condicionar el castigo de un delito a que su instigador tuviera sospechas previas *sobre otro delito diferente* (situación 1). Del mismo modo, tampoco resulta razonable renunciar al castigo de los delitos descubiertos mediante una incitación policial, por mucho que esta no trajera causa de sospechas previas (situación 2). El rechazo que genera sancionar una conducta incitada policialmente —con o sin sospechas previas— no lo produce el castigo de las infracciones que puedan descubrirse a través de aquella.

De todos modos, cabe destacar que la jurisprudencia española nunca ha desarrollado este planteamiento hasta sus últimas consecuencias. Aunque algunas resoluciones judiciales afirman que en los casos de delito comprobado “*se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa -acerca de una realidad delictiva ya existente-, o, si se quiere, permanente*”¹⁰⁴ o que “*en esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino*

¹⁰⁴ STS 104/2011, de 1-3.

que se limitan a comprobar la veracidad de la notitia criminis”¹⁰⁵, en ningún caso se ha llegado a condicionar la impunidad de quien ha delinquido a la inexistencia de sospechas previas.

En todo caso, la relevancia de las sospechas previas y el papel del art. 282 LECrim penden del fundamento del delito provocado. Solamente respondiendo a la pregunta de por qué el delito provocado determina la impunidad podrá aclararse cuál es la trascendencia, si es que tiene alguna, de que la incitación al delito traiga causa o no de sospechas sobre la previa comisión de una infracción.

¹⁰⁵ STS 1166/2009, de 19-11. También la STS 2470/2001 de 27-12, señala que en el delito comprobado simplemente “*se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas*”.

8. Conclusiones parciales

La construcción jurisprudencial del delito provocado delimita un conjunto de supuestos en que un sujeto que realiza una infracción penal debe quedar impune. *A priori*, su ámbito aplicativo resulta razonable. No obstante, el motivo por el que esta figura determina la impunidad es incierto. La jurisprudencia ha esgrimido hasta cuatro argumentos distintos para tratar de fundamentarla, sin que ninguno de ellos pueda explicar sus límites.

La imposibilidad de identificar un fundamento del que puedan derivarse lógicamente los límites del delito provocado comporta diversas dificultades a la hora de aplicar esta construcción. Los casos más problemáticos no pueden ser resueltos sin el apoyo interpretativo de una fundamentación que explique por qué el delito provocado comporta la impunidad. En función de cómo se responda a esta pregunta, el ámbito aplicativo del delito provocado será más amplio o más reducido. La solución a las múltiples controversias jurisprudenciales sobre los límites de esta figura pende, en todo caso, de la determinación de su fundamento.

El objetivo de este trabajo es tratar de encontrar un fundamento que pueda explicar la intuición que subyace a la construcción del delito provocado. A través del desarrollo coherente de dicho fundamento se pretende delimitar con la mayor claridad posible el ámbito de conductas delictivas que deberían quedar sin castigo y, en última instancia, resolver las controversias jurisprudenciales expuestas. No obstante, para lograr este propósito será necesario alejarse (un poco) de los límites que definen esta construcción jurisprudencial.

Los tres elementos del delito provocado no pueden constituir el presupuesto de esta investigación. La delimitación del conjunto de supuestos que deben quedar impunes es el objetivo de este trabajo, y no su premisa. Además, en mi opinión, el fracaso del Tribunal Supremo a la hora de tratar fundamentar los límites de esta figura está totalmente justificado. Ningún argumento puede explicar por qué el conjunto de supuestos que abarca el delito provocado debe quedar sin castigo. En este sentido, la búsqueda de un fundamento que explique la intuición que subyace a esta construcción debe partir necesariamente de un marco de referencia más amplio. Precisamente, el siguiente capítulo tiene como objetivo delimitar dicho marco de referencia a partir de otras construcciones extranjeras que constituyen una plasmación de esa misma intuición.

III. UNA INTUICIÓN COMPARTIDA

En el ámbito internacional podemos encontrar diversas construcciones con un contenido análogo al del delito provocado. Dichas figuras presentan problemas de delimitación y fundamentación muy similares a los que se han expuesto en el capítulo anterior con ocasión del análisis del delito provocado. Además, muchos de los argumentos que sustentan estas figuras pueden encontrarse plasmados —de forma explícita o implícita— en nuestra propia jurisprudencia. En cualquier caso, todas las construcciones que serán examinadas a continuación comparten en su trasfondo una misma intuición que, de una manera u otra, las hace llegar a conclusiones semejantes. El objetivo de este capítulo es delimitar sus elementos comunes para, posteriormente, tratar de identificar un fundamento que permita explicar la intuición que subyace a todas ellas.

A continuación se procederá al examen crítico de las siguientes construcciones: 1) el *entrapment* norteamericano; 2) la provocación policial del TEDH; 3) la *unzulässige Tatprovokation* alemana; 4) el *entrapment* inglés; 5) el *entrapment* canadiense; 6) las figuras que prevé la legislación austriaca y uruguaya. La elección de las figuras a analizar, así como el orden en que serán analizadas, responde a varios criterios. En primer lugar, la relevancia de dichas construcciones y, en especial, la influencia que hayan tenido sobre el resto de figuras. Este criterio justifica que se analice en primer lugar el *entrapment* norteamericano, pues es la primera figura de estas características que apareció en el ámbito internacional —con mucho tiempo de diferencia— y la que ha influido más decisivamente en el desarrollo de todas las demás. En este sentido, la construcción del TEDH¹⁰⁶, la *unzulässige Tatprovokation* alemana¹⁰⁷, el *entrapment* inglés¹⁰⁸ y canadiense¹⁰⁹ e, incluso, el propio delito provocado, han recibido directamente su influjo y, en mi opinión, no pueden ser comprendidas adecuadamente sin la referencia estadounidense. Del mismo modo, la doctrina de la provocación policial del TEDH ha incidido de forma decisiva en la *unzulässige Tatprovokation* alemana y el *entrapment* inglés. Por ello, no tendría sentido anteponer el análisis de estas últimas figuras a la construcción desarrollada por el TEDH. En segundo lugar, también se ha empleado como

¹⁰⁶ C. ROXIN, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99”, JZ, núm. 7, 2000, pág. 369.

¹⁰⁷ LÜDERSSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Paul Siebeck, Tübingen, 1974, pág. 354. En este sentido, resulta sintomático que una de las primeras aportaciones doctrinales alemanas sobre este tema fuera, precisamente, un trabajo sobre el *entrapment* norteamericano. Vid. en este sentido, STEMPEL, *Der Lockspitzel im amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der „Doctrine of entrapment“*, Diss., Bonn, 1958.

¹⁰⁸ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 22.

¹⁰⁹ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 38.

criterio para elegir dichas figuras su particular vinculación con nuestro ordenamiento jurídico. Este criterio explica que la construcción del TEDH, así como la propia del ordenamiento alemán, sean objeto de un análisis más detenido. Finalmente, debido a algunas de sus particularidades, se ha estimado útil llevar a cabo una sucinta exposición sobre el *entrapment* canadiense y las correspondientes figuras legales de Austria y Uruguay.

En todo caso, tras el examen individualizado de estas construcciones se llevará a cabo un análisis comparado de todas ellas. Mediante dicha comparación se tratarán de poner de relieve sus diferencias y, sobre todo, sus puntos en común. De esta forma, se pretende delimitar un marco de referencia común, lo más amplio posible, que sirva como base para, posteriormente, identificar el fundamento que subyace a todas estas figuras y, en última instancia, concretar los límites en los que debería plasmarse.

1. El *entrapment* norteamericano

Sin duda alguna, la *doctrin of entrapment* norteamericana ha sido la figura que más influencia ha tenido en nuestra jurisprudencia a la hora de fundamentar y delimitar el delito provocado¹¹⁰. Esta doctrina fue la primera construcción jurisprudencial de estas características que apareció en el ámbito internacional¹¹¹ y, además, durante mucho tiempo también fue la única¹¹². En gran parte, ello puede explicarse por el papel de la policía norteamericana a principios del siglo XX, mucho más proclive al empleo de operaciones encubiertas que otras policías de países democráticos por esas fechas¹¹³.

La *doctrin of entrapment* tiene dos variantes distintas: la *subjetiva* y la *objetiva*¹¹⁴. Desde sus inicios, la mayoría de jueces del Tribunal Supremo estadounidense han defendido la modalidad subjetiva de esta doctrina, siendo además esta variante la adoptada en la actualidad por la mayoría de Estados norteamericanos en sus respectivas jurisdicciones¹¹⁵. La modalidad objetiva, en cambio, ha quedado relegada a los votos concurrentes y particulares de una minoría de jueces del Tribunal Supremo. No obstante, el *American Law Institute* tomó como referencia esta variante para redactar su *Model*

¹¹⁰ Dicha influencia se reconoce expresamente en las SAP Barcelona —sección 8ª— 399/2006, de 23-3, y SAP Madrid —sección 23ª— 397/2015, de 5-6.

¹¹¹ La primera sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en la que se aprecia esta doctrina es de 1932. No obstante, anteriormente ya había sido reconocida por diversos tribunales federales y estatales. Vid. al respecto ROIPHE, “The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense”, *Seton Hall Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2003, págs. 271 y ss.; COSTINETT, “In a puff of smoke: Drug Crime and the Perils of Subjective Entrapment”, *American Criminal Law Review*, vol. 48, núm.4, 2011, pág. 1759.

¹¹² STEVENSON, “Entrapment and Terrorism”, *Boston College Law Review*, vol. 49, núm. 1, 2008, pág. 131.

¹¹³ FRAMPTON, “Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, núm. 1, 2013, pág. 140. El aumento exponencial de esta clase de operaciones por parte de la policía local y federal estadounidense a principios del siglo XX tiene como causa principal la aprobación de la ley seca (“*prohibition*”). Las dificultades para detectar y perseguir eficazmente el consumo de alcohol, así como el crimen organizado que se lucraba con su distribución, fomentaron que la policía recurriera asiduamente a investigaciones encubiertas. Vid. al respecto MURCHISON, *Federal Criminal Law Doctrines*, Duke University Press, Durham, 1994, págs. 23 y ss.; ROIPHE, “The Serpent Beguiled Me”, cit., pág. 270. Precisamente, en el marco de una operación de estas características contra la distribución y el consumo de alcohol surgió el caso en el que se reconoció por primera vez la *doctrin of entrapment* por el Tribunal Supremo norteamericano.

¹¹⁴ Ambas variantes quedan establecidas en *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 435 (1932). En este caso, en plena vigencia de la ley seca, un policía se hizo pasar por turista y solicitó al Sr. Sorrells que le vendiera algún tipo de licor. Después de que Sorrells se negara a ello hasta en dos ocasiones, el policía le informó que él había luchado en la primera guerra mundial en su misma división (lo cual era cierto). Tras charlar extensamente sobre sus experiencias en la guerra, el policía le solicitó por tercera vez que le consiguiera algún licor. Esta vez Sorrells accedió y salió de su domicilio para adquirirlo. Tras ello, el policía procedió a su detención.

¹¹⁵ D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, *Northwestern University Law Review*, vol. 89, núm. 3, 1995, pág. 1162; COSTINETT, “In a puff of smoke”, cit., pág. 1758, resaltando que, a pesar del amplio seguimiento judicial de la variante subjetiva del *entrapment*, este enfoque nunca ha obtenido mucho apoyo en la doctrina.

*Penal Code*¹¹⁶, lo cual ha favorecido que un grupo considerable —aunque minoritario— de Estados hayan adoptado en sus jurisdicciones esta versión de la *doctrin of entrapment*¹¹⁷.

1.1. La variante subjetiva

Según la variante subjetiva de esta doctrina, concurre *entrapment* cuando un policía induce a delinquir a una persona no predispuesta a ello¹¹⁸. De este modo, el ámbito de esta doctrina se delimita a partir de dos elementos¹¹⁹. Por un lado, se requiere la existencia de una inducción realizada por un agente de policía¹²⁰. Por el otro, se exige que esa inducción se dirija contra una persona que, antes de la intervención estatal, no se encontraba predispuesta a delinquir¹²¹. De cumplirse estos dos requisitos, el sujeto que ha delinquido deberá ser absuelto.

En esta variante del *entrapment*, el requisito de la inducción se interpreta de forma bastante amplia. Así, no se requiere que el incentivo ofrecido por la policía alcance un determinado nivel de fuerza, persuasión o presión¹²². Basta con que la policía “*solicite*,

¹¹⁶ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, Washinton University Law Review, vol. 91, núm. 4, 2014, pág. 1000.

¹¹⁷ LORD, “Entrapment and due process: moving toward a dual system of defenses”, Florida State University Law Review, vol. 25, núm. 3, 1998, pág. 496, cifra en trece los Estados que han adoptado esta variante del *entrapment* (algunos mediante pronunciamientos judiciales y otros a través de decisiones legislativas).

¹¹⁸ ALTMAN/LEE, “Legal Entrapment”, Philosophy and Public Affairs, vol. 12, núm. 1, 1983, pág. 53. Así, en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 442 (1932) se afirma que el *entrapment* ocurre cuando ““*el plan delictivo se origina con los funcionarios del gobierno, y se implanta en la mente de una persona inocente la disposición a cometer el delito, induciendo a su comisión con el fin de poderla procesar*”. Adviértase las similitudes con los razonamientos de la jurisprudencia española cuando afirma que el delito provocado supone “*injetar en otra persona el dolo de delinquir*” (STS 104/2011, de 1-3).

¹¹⁹ No obstante, en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 451 (1932) se insinúa *obiter dicta* que el *entrapment* podría no resultar aplicable a aquellos delitos “*tan atrozes o repugnantes que la ley aplicable no admitiría excepciones*”. Esto podría sugerir la existencia de un tercer elemento configurador de esta variante del *entrapment*, que limitaría su aplicación a ciertos delitos. No obstante, tal y como indica ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 996, hasta la fecha el Tribunal Supremo norteamericano nunca ha negado la aplicación de su doctrina por esta razón.

¹²⁰ Al contrario que nuestra jurisprudencia, que ha admitido expresamente la posibilidad de que el promotor de un delito provocado sea un particular sin conexión con la policía, la *doctrin of entrapment* exige expresamente que la inducción provenga de un policía o agente del gobierno. Vid. al respecto YAFFE, “The Government Beguiled Me: The Entrapment Defense and the Problem of Private Entrapment”, The Journal of Ethics and Social Philosophy, vol. 1, núm. 1, 2005, pág. 3; MCADAMS, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, University of Chicago Law Review, núm. 74, 2007, pág. 1797, nota 10.

¹²¹ D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1154, resaltando que, para apreciar este elemento, basta con que el sujeto incitado no estuviera predispuesto antes del primer contacto con los agentes policiales. Es decir, que si la predisposición al delito es el resultado de la acción de la policía, deberá apreciarse igualmente *entrapment*. Este matiz tiene especial relevancia en *Jacobson v. U.S.*, 503 U. S. 554 (1992) donde un sujeto, tras recibir durante más de dos años propaganda pedófila de un agente encubierto, termina sucumbiendo a una oferta para adquirir fotografías de menores con contenido sexual. En el mismo sentido ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 473.

¹²² DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 94, núm. 4, 2004, pág. 832.

proponga, inicie, aborde o sugiera la comisión de un delito”¹²³ para entender que se cumple con este primer requisito¹²⁴.

El segundo requisito resulta mucho más problemático. En efecto, para apreciar un *entrapment* según la variante subjetiva de esta doctrina, es necesario acreditar que el sujeto incitado no estaba *predispuesto* a delinquir. Esto supone, ni más ni menos, hacer depender el castigo del sujeto incitado de su carácter y de sus propensiones criminales¹²⁵. De este modo, se abre la puerta a introducir en el proceso penal pruebas acerca de la *personalidad* del acusado¹²⁶.

Existe un interesante debate jurisprudencial y doctrinal acerca del significado del término predisposición¹²⁷. La mayoría de tribunales lo interpretan como un simple *estado mental*¹²⁸. Así, el sujeto incitado estaría predispuesto si se encontraba preparado y deseoso (“*ready and willing*”) de cometer el delito en cuanto se le presentara una oportunidad para ello¹²⁹. En este sentido, predisposición sería lo contrario a renuencia¹³⁰. En cambio, otro sector entiende la predisposición como *tendencia* al delito. Desde esta perspectiva, además de tener un estado mental favorable al delito, el predispuesto debe tener las habilidades, las oportunidades, y los medios para llevarlo a cabo¹³¹. Lo relevante a estos efectos es determinar si el “*sujeto incitado previsiblemente hubiera cometido el delito sin*

¹²³ PERELLI-MINETTI, “Causation and Intention in the Entrapment Defense”, UCLA Law Review, vol. 28, núm. 4, 1981, pág. 884.

¹²⁴ ALTMAN/LEE, “Legal Entrapment”, cit., pág. 54. No obstante, FRAMPTON, “Predisposition and Positivism”, cit., pág. 113, indica que la inducción policial debe, en todo caso, consistir en algo más que proveer de una mera oportunidad para delinquir. A pesar de ello, este mismo autor reconoce que muy pocas veces se discute sobre este elemento, pues en esta variante del *entrapment* el requisito de la predisposición absorbe toda la atención.

¹²⁵ FRAMPTON, “Predisposition and Positivism”, cit., pág. 114. Este autor afirma que el elemento de la predisposición hace que la variante subjetiva del *entrapment* sea una doctrina muy inusual, al entrar en abierta contradicción con la tradición anglo-americana de considerar irrelevante el carácter o la propensión criminal de un sujeto a la hora de valorar su responsabilidad por un hecho delictivo. En el mismo sentido, CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, Virginia Law Review, vol. 73, núm. 6, 1987, pág. 1038.

¹²⁶ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 996. Así, en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 451 (1932) se afirma expresamente que esta clase de pruebas no son colaterales, y resultan admisibles para acreditar que concurre *entrapment*. Tal y como indica MARCUS, “The Development of Entrapment Law”, The Wayne Law Review, vol. 33, núm. 1, pág. 18, estas pruebas serían, en circunstancias normales, inadmisibles por los prejuicios que pueden generar.

¹²⁷ MCLOUGHLIN, “The Meaning of Predisposition in Practice”, Boston University Law Review, núm. 79, 1999, págs. 1073 y ss.

¹²⁸ MCADAMS, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, cit., pág. 4.

¹²⁹ PARK, “The Entrapment Controversy”, Minnesota Law Review, vol. 60, núm. 13, pág. 176; ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 1024.

¹³⁰ MCADAMS, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, cit., pág. 4.

¹³¹ HO, “State entrapment”, Legal Studies, vol. 31, núm. 1, 2011, pág. 82. La doctrina americana utiliza el término “predisposición posicional” (“*positional predisposition*”) para referirse a este significado. Vid. ORLANDO, “Nebraska and the Entrapment Defense: A Movement Toward Positional Predisposition? State v. Canaday”, Nebraska Law Review, vol. 82, núm. 3, 2002, pág. 875.

la *intervención policial*¹³². Con esta interpretación, la predisposición no se refiere al estado mental del sujeto incitado, sino a la *peligrosidad* que pueda predicarse del mismo¹³³.

Veamos esta última distinción a través de un ejemplo¹³⁴. Supongamos que un policía de incógnito se dirige a un sujeto y le propone falsificar billetes de 500€. El sujeto en cuestión, entusiasmado con la idea, responde que sí, aunque advierte a su interlocutor de que no tiene ningún conocimiento acerca de cómo hacerlo. Ante esta situación, el policía decide proporcionarle los medios adecuados para llevar a cabo la falsificación propuesta y, además, le brinda las explicaciones oportunas acerca de cómo debe utilizarlos. Finalmente, el sujeto logra falsificar algunos billetes y, en ese momento, es detenido por ello.

En este caso, no cabe duda de que el sujeto abordado por la policía tenía un estado mental favorable al delito. En cuanto se le presentó la oportunidad, aceptó inmediatamente realizar la falsificación. El policía no tuvo que insistir para convencerlo. Si predisposición significa “disposición subjetiva” al delito, está claro que el sujeto estaba predispuesto. Ahora bien, también resulta evidente que dicho sujeto no tenía, por sí mismo, ni los medios ni los conocimientos necesarios para llevar a cabo la falsificación. Sin la contribución del policía es muy poco probable que hubiera cometido un delito de estas características. En este sentido, su “disposición subjetiva” al delito no era peligrosa. Si la predisposición se entiende como tendencia al delito, resulta obvio que en este caso el sujeto no estaba predispuesto.

En todo caso, lo más sorprendente de la variante subjetiva del *entrapment* es su fundamentación. El Tribunal Supremo estadounidense basa su doctrina en la intención del legislador (“*legislative intent*”¹³⁵ o “*congressional intent*”¹³⁶). Así, considera que el Congreso no pudo tener la intención de castigar a personas no predispuestas a delinquir (“*otherwise innocent*”) que son seducidas al crimen por agentes del gobierno¹³⁷. Por ello —haciendo una suerte de reducción teleológica— concluye que la conducta de los sujetos

¹³² MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, *Florida Law Review*, vol. 47, núm. 2, 1995. pág. 230. Vid. *Jacobson v. U.S.*, 503 U. S. 550 (1992).

¹³³ MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, cit., pág. 230.

¹³⁴ Este mismo ejemplo puede encontrarse en MCLOUGHLIN, “The Meaning of Predisposition in Practice”, cit., pág. 1068; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 834; MCADAMS, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, cit., pág. 4.

¹³⁵ MARCUS, “The Development of Entrapment Law”, cit., pág. 16.

¹³⁶ LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 491.

¹³⁷ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1015. Vid. *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 448 (1932); *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 372 (1958); *Russell v. U.S.*, 411 U.S. 435 (1973).

no predispuestos incitados por la policía cae fuera del ámbito de aplicación de la ley penal¹³⁸.

Resulta interesante ver los derroteros que sigue la argumentación del Tribunal Supremo americano. En primer lugar, se afirma que la función de la policía es prevenir el delito, no crear criminales¹³⁹. Desde el punto de vista del tribunal, que un policía incite a delinquir a una persona que no estaba previamente dispuesta a ello constituye un grave abuso de autoridad¹⁴⁰. En este sentido “*se abusa del poder del gobierno y se dirige a un fin para el cual no se constituyó cuando se emplea para promover en lugar de para detectar el crimen y para detener a aquellos que, por sí mismos, habrían obedecido la ley*”¹⁴¹. Esta clase de actuaciones no se corresponderían con lo que, según los sentimientos comunes, debe ser un adecuado uso del poder público¹⁴². Por ello, merecerían la más severa de las censuras¹⁴³.

Conviene poner de manifiesto que, hasta este punto, la argumentación que efectúa la mayoría de jueces del Tribunal Supremo norteamericano coincide con la efectuada por la minoría en sus votos concurrentes y particulares¹⁴⁴. Es decir, la fundamentación de las variantes subjetiva y objetiva del *entrapment* tiene un tronco común: la censura de las inducciones policiales dirigidas a personas no predispuestas al delito. Los argumentos que sustentan ambas variantes se bifurcan a partir aquí.

La mayoría de jueces del Tribunal Supremo americano considera que, tras una actuación policial de estas características, castigar al sujeto incitado constituiría un resultado absurdo y manifiestamente injusto¹⁴⁵. Desde su perspectiva, el legislador no podía perseguir una consecuencia así cuando promulgó la ley¹⁴⁶. Por ello, amparándose en la función que tienen atribuida los tribunales de interpretar las leyes de acuerdo a su propósito, llegan a la conclusión de que estos supuestos caen fuera de su ámbito de aplicación¹⁴⁷.

¹³⁸ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1015; LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 941; COSTINETT, “In a puff of smoke”, cit., pág. 1775.

¹³⁹ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 444 (1932).

¹⁴⁰ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 441 (1932).

¹⁴¹ Voto concurrente del juez Frankfurter en *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 384 (1958).

¹⁴² Voto concurrente del juez Frankfurter en *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 382 (1958).

¹⁴³ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 444 (1932). Incluso, en *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 382 (1958), se afirma que estas actuaciones serían igual de rechazables que las confesiones conseguidas mediante coacción.

¹⁴⁴ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1034.

¹⁴⁵ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 445 (1932).

¹⁴⁶ D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1161.

¹⁴⁷ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 445 (1932).

Adviértase que, con esta fundamentación, el *entrapment* constituye una institución de Derecho penal sustantivo. La impunidad de los sujetos incitados no predispuestos se deriva de la propia interpretación de la ley penal¹⁴⁸. Así, los supuestos que delimita esta construcción jurisprudencial *no constituyen delitos*. Implícitamente, la variante subjetiva del *entrapment* está añadiendo un elemento a la definición de delito. En los casos en que concurre una incitación policial, solamente se apreciará un delito si el sujeto estaba predispuesto a delinquir¹⁴⁹. La predisposición, por tanto, pasa a ser requisito adicional de toda conducta punible que haya sido instigada policialmente. En consecuencia, deberá ser acreditada como tal en el proceso penal para lograr una sentencia condenatoria. En el proceso penal norteamericano, ello implica que su concurrencia deba ser estimada por un jurado popular¹⁵⁰.

En cualquier caso, salta a la vista que la fundamentación de la variante subjetiva del *entrapment* es extremadamente débil¹⁵¹. La supuesta “intención legislativa” que la sustenta ha sido calificada, con razón, como una “mera ficción”¹⁵². La única intención que puede derivarse razonablemente de la ley penal es, precisamente, la contraria. Esto es, que la conducta del sujeto incitado merece ser castigada por corresponderse con las previsiones legales¹⁵³. Además, condicionar la culpabilidad de un acusado a su predisposición *solamente cuando resulta incitado por un policía* resulta difícilmente justificable en base a las categorías del derecho penal sustantivo¹⁵⁴.

¹⁴⁸ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, *The Supreme Court Review*, vol. 1, núm. 1, 1981, pág. 129.

¹⁴⁹ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1037.

¹⁵⁰ BENNET, “From Sorrells to Jacobson: Reflections on Six Decades of Entrapment Law, and Related Defenses, in Federal Court”, *Wake Forest Law Review*, vol. 27, núm. 4, 1992, pág. 834; LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 493. Los riesgos derivados de someter a la estimación de un jurado popular la predisposición del sujeto incitado son evidentes. En este sentido se pronuncia la opinión concurrente del juez Frankfurter en *Sherman v. United States*, 356 U.S. 382 (1958): “*en prueba de tal predisposición, a menudo se ha admitido evidencia para mostrar la reputación del acusado, sus actividades criminales y su disposición previa. El peligro de prejuicio en tal situación, particularmente si el problema de la entrapment debe ser presentado al jurado y decidido por un veredicto general de culpable o inocente, es evidente*”.

¹⁵¹ LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 491. En este sentido CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1051, califica de “sorprendente” que una fundamentación tan frágil haya perdurado tantos años.

¹⁵² En este sentido se pronuncia el voto concurrente del juez Roberts en *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 456 (1932), donde además critica la interpretación mayoritaria por “*no ser meramente amplia, sino comportar la adición de un elemento que no está contenido en la legislación*”.

¹⁵³ FRAMPTON, “Predisposition and Positivism”, cit., pág. 114.

¹⁵⁴ Recuérdese que la *doctrin of entrapment*, en cualquiera de sus variantes, requiere que la incitación que lleva al sujeto no predispuesto a delinquir sea realizada por un agente estatal. Tal y como señala MCADAMS, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, cit., pág. 1797, nota 10, con independencia de cuanta presión se ejerciera, o cuan poco dispuesto estuviera a delinquir el sujeto incitado, si el inductor es un particular no podrá apreciarse nunca un *entrapment*.

Resulta obvio que en el razonamiento del Tribunal Supremo americano hay un salto argumental. No existe una relación evidente entre “censurar las incitaciones policiales dirigidas a sujetos no predispuestos” y “considerar que la intención del legislador no podía ser castigar a dichos sujetos”. Si lo inapropiado es la actuación policial, lo más lógico sería sancionar a los agentes que la han llevado a cabo. Pero, incluso, si se estima que la solución adecuada para corregir dichas actuaciones es absolver al sujeto incitado¹⁵⁵, parecería más sencillo fundamentar dicha absolución en base a la propia actuación policial¹⁵⁶. Esto es, por motivos procesales¹⁵⁷. El recurso a la “intención legislativa” para interpretar que la ley penal excluye el castigo de los sujetos no predispuestos incitados por la policía solo puede comprenderse por el contexto en que se dictó la primera sentencia en que se aprecia el *entrapment*. Por aquellas fechas, el Tribunal Supremo americano estaba dividido acerca de si tenía poder de supervisión sobre la actuación de la policía¹⁵⁸. La mayoría de los miembros del tribunal no estaban dispuestos a admitir que la judicatura pudiera desestimar un caso por reputar censurables los métodos empleados por la policía para su persecución¹⁵⁹. Desde su punto de vista, ello supondría una intromisión en el ámbito propio del poder ejecutivo y legislativo¹⁶⁰. Por ello, la única posibilidad que tenía el tribunal de lograr la absolución era recurrir a la función, genuinamente judicial, de interpretar la ley aplicable. De este modo, con el argumento de la “intención legislativa”, la mayoría consigue fundamentar la impunidad del sujeto incitado sin tener que arrogarse el poder de supervisar las actuaciones policiales¹⁶¹.

1.2. La variante objetiva

Según la variante objetiva, concurre *entrapment* cuando un policía incita a delinquir a un sujeto. Al contrario de lo que ocurre con la modalidad subjetiva, aquí no se requiere que la instigación se dirija contra un “sujeto no predispuesto”. Es decir, la concreta predisposición del sujeto incitado resulta irrelevante en esta variante del *entrapment*. Si

¹⁵⁵ Lo cual no es en absoluto evidente, a pesar de que ambas variantes del *entrapment* lo den por supuesto.

¹⁵⁶ Como más adelante se verá, este es el camino que sigue la modalidad objetiva del *entrapment*.

¹⁵⁷ Sin embargo, adviértase que cuando se dictó la sentencia de *Sorrels* en 1932, la regla de exclusión probatoria no estaba nada consolidada. Solo cuatro años antes, en *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928), el Tribunal Supremo americano había afirmado expresamente que “*la admisibilidad de las pruebas no queda afectada por la ilegalidad de los medios con los que han sido obtenidas*”. El único ámbito en el que, por entonces, la exclusión probatoria se aplicaba sin excepción era el de las confesiones involuntarias inducidas por agentes federales. Vid. ampliamente al respecto ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., págs. 1003 y ss.

¹⁵⁸ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1033.

¹⁵⁹ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 993.

¹⁶⁰ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 449 (1932). Vid. al respecto CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1033.

¹⁶¹ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 994.

se estima que un delito ha sido instigado policialmente, deberá apreciarse el *entrapment* y, en consecuencia, el sujeto incitado deberá ser absuelto.

Ahora bien, la noción de incitación que se utiliza en esta variante es mucho más restrictiva que la empleada en la modalidad subjetiva. Aquí no basta con “*solicitar, proponer, iniciar, abordar o sugerir*” la comisión de un delito¹⁶². Para apreciar el *entrapment*, la instigación policial debe ser objetivamente adecuada para persuadir a una persona no predispuesta a delinquir¹⁶³. Esto es, debe tener la intensidad suficiente para hacer que una persona razonable respetuosa de la ley (“*reasonable law-abiding person*”) delinca¹⁶⁴. De esta manera, el ámbito del *entrapment* se delimita a partir de una pregunta hipotética: ¿hubiera delinquido ante la incitación policial una persona no predispuesta? Si la respuesta es afirmativa, deberá estimarse el *entrapment*. En cambio, si se considera que la incitación efectuada solamente resulta apta para convencer a un sujeto que ya estuviera predispuesto al delito, el *entrapment* deberá ser descartado.

La misma discusión que se ha expuesto anteriormente sobre el alcance del término predisposición puede ser trasladada *mutatis mutandis* a la delimitación de la variante objetiva del *entrapment*. La única diferencia es que aquí su contenido no debe referirse al concreto sujeto incitado, sino a la hipotética persona media que se emplea para medir la intensidad de la incitación. De este modo, si la predisposición se interpreta como estado mental, la pregunta relevante sería: ¿hubiera delinquido ante la instigación policial una persona que no estuviera preparada y deseosa de cometer el delito? En cambio, si se entiende como tendencia, la cuestión debería formularse del siguiente modo: ¿hubiera delinquido ante la incitación de la policía una persona que no estuviera preparada y deseosa de delinquir y, además, no tuviera las habilidades y los medios para hacerlo?

La variante objetiva del *entrapment* fue asumida por el *American Law Institute*¹⁶⁵ al redactar su *Model Penal Code*. Su propuesta de redacción, posteriormente asumida por diversos Estados norteamericanos, fue la siguiente: “*un oficial del orden público o persona que actúe en cooperación con tal oficial comete un entrapamiento si con el propósito de obtener evidencia de la comisión de un delito, induce o ayuda a otra persona a incurrir en una conducta constitutiva de tal delito ya sea por (...) emplear métodos de persuasión o inducción que creen un sustancial riesgo de que tal delito será cometido*”

¹⁶² PARK, “The Entrapment Controversy”, cit., pág. 180.

¹⁶³ ALTMAN/LEE, “Legal Entrapment”, cit., pág. 55.

¹⁶⁴ ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, vol. 2, West, Saint Paul, 1984, pág. 520; LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 492.

¹⁶⁵ En 1971 la *Brown Commission* también realizó una propuesta legislativa para el *entrapment* en términos muy parecidos (§ 702.2 de su proyecto de *Federal Criminal Code*). Vid al respecto D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1168.

por una persona diferente a la que se encuentre lista para cometerlo”¹⁶⁶. Como fácilmente puede apreciarse, en el texto citado el *entrapment* no se delimita a partir de la predisposición del concreto sujeto incitado, sino mediante los eventuales efectos que tendría la incitación realizada ante un hipotético sujeto no predispuesto a delinquir. En este sentido, el contenido de esta propuesta legislativa se ajusta a los esquemas de la variante objetiva del *entrapment*. No obstante, el *Model Penal Code* incorpora una novedad interesante a la configuración de esta figura: “la defensa reconocida por esta sección no estará disponible cuando la amenaza de causar o el causar daño corporal sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrapamiento”¹⁶⁷. De acuerdo con esta previsión, no podrá apreciarse *entrapment* si el delito incitado atenta contra la integridad, vida o libertad de una persona diferente a la que llevo a cabo la incitación. De este modo, se introduce expresamente un elemento adicional en la delimitación del *entrapment*¹⁶⁸. Con independencia de la intensidad que tuviera la incitación policial, no podrá absolverse al sujeto incitado si lleva a cabo un delito consumado de lesiones, homicidio o amenazas contra un tercero¹⁶⁹.

Supongamos que un policía de incógnito lleva a cabo una incitación —apta para persuadir a una persona no predispuesta— para que un sujeto agrede a un tercero. Si la agresión se consuma, la previsión expuesta del *Model Penal Code* impediría que pudiera apreciarse un *entrapment*. El sujeto incitado debería ser castigado por unas lesiones consumadas. En cambio, si tras la incitación el policía impide en el último momento que el delito se perfeccione, el sujeto incitado debería ser absuelto por la *tentativa* de lesiones realizada. En efecto, aquí podría apreciarse el *entrapment* porque su enjuiciamiento no se basa en una

¹⁶⁶ *Model Penal Code* § 2.13.1 (1985). Para esta transcripción he utilizado la traducción de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, ADPCP, núm. 1, 1993, pág. 245.

¹⁶⁷ *Model Penal Code* § 2.13.3 (1985). De nuevo, empleando la traducción de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, cit., pág. 245.

¹⁶⁸ Recordemos que la mayoría de jueces del Tribunal Supremo norteamericano, al fundamentar la variante subjetiva del *entrapment* en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 451 (1932), insinuaron *obiter dicta* que podría darse una exclusión similar respecto a delitos “tan atroces o repugnantes que la ley aplicable no admitiría excepciones”. No obstante, el Tribunal nunca llegó a aplicar una exclusión similar ni a concretar su contenido. Vid. al respecto AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, vol. 2, The Institute, Philadelphia, 1980, pág. 420.

¹⁶⁹ La fundamentación que se ofrece para esta previsión en los comentarios al *Model Penal Code* resulta muy interesante: “[en estos casos] la opinión pública exigiría, con toda probabilidad, el castigo de los oficiales públicos. La persona perjudicada tendría motivos para solicitar una indemnización civil. No parece generalmente injusto castigar a alguien que ha causado o amenazado con causar daño corporal a otro, aunque haya sido incitado a ello por oficiales públicos” (AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 420). La misma intuición por la que en caso e) del capítulo anterior resultaba inasumible dejar a Juan sin castigo por un homicidio consumado (vid. *supra* el apartado 2.2 del capítulo II) es la que sustenta esta previsión del *Model Penal Code*. Adviértase cómo en el texto citado se relaciona directamente dicha intuición con el castigo del instigador.

“conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño”. La ausencia de un daño corporal efectivo permitiría sustentar su impunidad.

Imaginemos ahora que el policía en cuestión incita a un sujeto para que le agrede a él mismo. Es decir, le provoca —por ejemplo, insultándolo gravemente— con intención de detenerlo posteriormente por un delito de lesiones. Pues bien, con independencia de si la agresión se consuma o no, en este caso debería estimarse el *entrapment*. Aunque la conducta incitada cause un daño corporal, tal daño va referido a la misma persona que llevó a cabo la incitación. Por ello, la previsión del *Model Penal Code* que impide apreciar el *entrapment* no entraría en juego, y el sujeto incitado debería ser absuelto.

Al margen de este elemento¹⁷⁰, las diferencias entre los límites de la variante subjetiva y objetiva del *entrapment* son muy escasas. En la mayoría de supuestos que se aprecia *entrapment* con el test objetivo, también debería estimarse con el test subjetivo¹⁷¹. En efecto, si un sujeto comete un delito como resultado de una incitación apta para persuadir a una persona no predispuesta (presupuesto de la variante objetiva) normalmente significará que dicho supuesto no estaba predispuesto a delinquir (presupuesto de la variante subjetiva). Y viceversa. Si un sujeto lleva a cabo un delito a resultas de una incitación idónea para convencer únicamente a personas ya predispuestas (no concurriendo por ello la variante objetiva) ello se deberá naturalmente a que dicho sujeto ya se encontraba predispuesto (no concurriendo tampoco la variante subjetiva).

Los únicos casos en que, según la doctrina norteamericana, ambas variantes podrían arrojar resultados diferentes serían: a) inducción susceptible de convencer a persona no predispuesta dirigida a persona predispuesta (concurriendo *entrapment* objetivo pero no subjetivo); b) inducción solo apta para persuadir a personas predispuestas que persuade a persona no predispuesta (concurriendo *entrapment* subjetivo pero no objetivo)¹⁷².

No obstante, desde mi punto de vista, solo uno de los casos que plantea la doctrina americana es conceptualmente viable. En mi opinión, la posibilidad a) resulta concebible teóricamente, pero la b) no. Es decir, pueden darse supuestos en los que una incitación idónea para convencer a una persona no predispuesta consiga que un sujeto predispuesto

¹⁷⁰ La limitación de la variante objetiva del *entrapment* a delitos que no atenten efectivamente contra la integridad, vida o libertad, es exclusiva del *Model Penal Code* y de los Estados norteamericanos que han asumido su contenido. La minoría de jueces del Tribunal Supremo que defienden esta variante nunca han reconocido una limitación similar. Es más, en el voto concurrente de *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 455 (1932), el juez Roberts se pronuncia expresamente en contra de esta clase de exclusiones. Vid. al respecto AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 420.

¹⁷¹ En este sentido DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 838, afirma que ambas variantes son, respectivamente, el reflejo de la otra.

¹⁷² PARK, “The Entrapment Controversy”, cit., pág. 199; ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 89, núm. 2, 1999, pág. 413; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 839.

delinca, pero no casos en que una incitación que solo es apta para persuadir a personas predispuestas logre que un sujeto no predispuesto cometa un delito. Veamos por qué.

Determinar si un sujeto estaba predispuesto a delinquir, o si una incitación era apta para persuadir a un sujeto no predispuesto, supone en todo caso responder a una *pregunta hipotética*¹⁷³. En el primer caso, la pregunta sería ¿hubiera delinquido el sujeto en otras circunstancias diferentes a las que efectivamente concurrieron? En el segundo sería ¿hubiera delinquido una persona media hipotética en las circunstancias que efectivamente concurrieron? En todo caso, ambas preguntas presuponen una noción acerca del “nivel de incitación” necesario para conseguir que una persona no predispuesta delinca¹⁷⁴. En la variante subjetiva, se emite un juicio de pronóstico acerca de cómo hubiera reaccionado el sujeto ante una incitación que no alcanzara dicho nivel. De este modo, la pregunta que delimita la predisposición en el *entrapment* subjetivo es ¿hubiera delinquido el sujeto ante un “nivel de incitación” insuficiente para persuadir una persona no predispuesta? Si la respuesta es afirmativa, el sujeto estará predispuesto y deberá descartarse el *entrapment*. En cambio, en la variante objetiva se contrasta directamente la incitación efectivamente realizada con el “nivel de incitación” al que se ha aludido. La pregunta que marca los límites de la incitación propia del *entrapment* objetivo es ¿alcanza la actuación policial que se ha llevado a cabo el “nivel de incitación” necesario para conseguir que una persona no predispuesta delinca? Si se responde de forma afirmativa deberá estimarse el *entrapment*.

Pues bien, en determinados casos resulta posible estimar que la incitación policial era apta para persuadir a una persona no predispuesta y, simultáneamente, que el sujeto incitado estaba predispuesto¹⁷⁵. Por ejemplo, si un sujeto estaba dispuesto a conseguir un gramo de cocaína por su precio de “mercado” (60€), pero lo acaba obteniendo para un policía de incógnito que le ofrece una suma exponencialmente mayor a cambio (300€). Aquí, la suma ofrecida por el policía alcanza el “nivel de incitación” necesario para persuadir a un sujeto no predispuesto y, por tanto, debería apreciarse la variante objetiva del *entrapment*. No obstante, si logra acreditarse que el sujeto incitado también hubiera delinquido ante un “nivel de incitación” insuficiente para convencer a una persona no predispuesta —en este caso, una oferta de 60€— se deberá considerar que dicho sujeto estaba predispuesto y, en consecuencia, descartar el *entrapment* subjetivo¹⁷⁶. En este sentido, no siempre que se

¹⁷³ DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 837.

¹⁷⁴ ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 410.

¹⁷⁵ Podemos encontrar un ejemplo de ello en *Russell v. U.S.*, 411 U.S. (1973), donde la mayoría del Tribunal Supremo descarta la concurrencia del *entrapment* subjetivo (por existir predisposición) y la minoría emite un voto disidente apreciando el *entrapment* objetivo (por ser la incitación apta para persuadir a un sujeto no predispuesto).

¹⁷⁶ Recuérdese que en la variante subjetiva se admiten pruebas acerca de la personalidad del sujeto incitado y, por ello, podría llegarse a acreditar que su respuesta ante un menor “nivel de incitación” hubiera sido igualmente afirmativa (por ejemplo, trayendo a colación sus antecedentes en situaciones simulares).

estime un *entrapment* objetivo concurrirá un *entrapment* subjetivo. Por ello, la posibilidad a) es teóricamente concebible, aunque resulte prácticamente irrelevante¹⁷⁷.

En cambio, no es conceptualmente posible afirmar que la incitación policial era insuficiente para persuadir a una persona no predispuesta y, además, que el sujeto incitado no estaba predispuesto a delinquir. Si un sujeto delinque ante una incitación solo apta para convencer a un sujeto predispuesto, necesariamente, dicho sujeto estará predispuesto. La propia noción de predisposición exige que esto sea así. En efecto, la predisposición de un sujeto se determina emitiendo un juicio de pronóstico acerca de cómo hubiera actuado ante un “nivel de incitación” insuficiente para persuadir una persona no predispuesta. Pues bien, si la incitación efectivamente realizada no alcanza dicho “nivel de incitación”, el juicio de pronóstico se resuelve por sí solo. Podemos saber a ciencia cierta que el sujeto incitado hubiera delinquido ante un “nivel de incitación” insuficiente para persuadir una persona no predispuesta *porque efectivamente delinquiró ante un “nivel de incitación” insuficiente para persuadir una persona no predispuesta*. Si un sujeto aceptó conseguir un gramo de cocaína por su precio de “mercado” (60€), no tiene sentido preguntarse si hubiera aceptado una oferta de esas mismas características. En este sentido, aunque la variante subjetiva no requiera expresamente un determinado “nivel de incitación”, la fórmula hipotética que delimita la predisposición en el *entrapment* subjetivo *presupone necesariamente la concurrencia de una incitación apta para persuadir a un sujeto no predispuesto*. Solo entonces puede plantearse en términos hipotéticos qué hubiera pasado ante una incitación insuficiente para convencer a un sujeto no predispuesto. Así, para poder preguntar si un sujeto hubiera delinquido ante un “nivel de incitación” insuficiente para persuadir una persona no predispuesta (*entrapment* subjetivo) previamente, como condición lógica, se debe determinar que la actuación policial que efectivamente se llevó a cabo alcanzó el “nivel de incitación” suficiente para conseguir que una persona no predispuesta delinca (*entrapment* objetivo). Es decir, siempre que se aprecie un *entrapment* subjetivo concurrirá también un *entrapment* objetivo¹⁷⁸. Por ello, la posibilidad b) no es conceptualmente viable.

En definitiva, el ámbito del *entrapment* objetivo es (un poco) más amplio que el que abarca la modalidad subjetiva. Si la incitación policial era apta para persuadir a una persona no predispuesta, el sujeto incitado deberá ser absuelto con independencia de su concreta

¹⁷⁷ Por la dificultad de acreditar “más allá de toda duda razonable” que el sujeto hubiera delinquido igualmente aunque la incitación hubiera sido de menor nivel. En este sentido vid. ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 413; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 838.

¹⁷⁸ La única posibilidad de que esto pudiera no ser así es que en el *entrapment* subjetivo se empleara un estándar de prueba menos exigente que el propio del *entrapment* objetivo. No obstante, ocurre precisamente lo contrario. En la variante subjetiva debe acreditarse la predisposición más allá de toda duda razonable y, en cambio, la variante objetiva funciona con el sistema de preponderancia de la prueba. Vid. DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 836.

predisposición. Esto es, con independencia de cómo hubiera reaccionado ante otras circunstancias hipotéticas.

En todo caso, como ya se ha avanzado, la fundamentación de la variante objetiva del *entrapment* parte de la misma premisa que la modalidad subjetiva: la censura de las incitaciones policiales dirigidas a personas no predispuestas al delito¹⁷⁹. La diferencia entre ambas fundamentaciones se encuentra, exclusivamente, en cómo se deriva la absolución del sujeto incitado a partir de esa censura. La minoría del Tribunal Supremo estadounidense, en vez de recurrir al argumento de la “intención legislativa”, fundamenta su impunidad en razones de política pública¹⁸⁰. En concreto, el sujeto incitado debería ser absuelto para proteger la integridad de los tribunales¹⁸¹ y disuadir a la policía de emplear esta clase de actuaciones¹⁸².

En este sentido, la fundamentación de la variante objetiva presupone que los jueces tienen poder de supervisión sobre las actuaciones de la policía. Aquí radica el único punto de desacuerdo entre la fundamentación de la variante subjetiva y objetiva¹⁸³. Al contrario que la mayoría del Tribunal Supremo americano, los jueces que conforman la minoría consideran que “*la protección de sus propias funciones y la preservación de la pureza de su propio templo pertenecen únicamente al Tribunal. Es competencia exclusiva del Tribunal, y solo del Tribunal, protegerse a sí mismo y al gobierno de esta prostitución de la ley penal*”¹⁸⁴. De este modo, atribuyéndose esta función, no tienen que recurrir a la ficción de la “intención legislativa” para excluir el castigo del sujeto incitado. La impunidad se fundamenta en la propia actuación policial y, en consecuencia, el *entrapment* se configura como una herramienta de control de sus actividades¹⁸⁵. Precisamente por ello, en la variante objetiva del *entrapment* la predisposición del sujeto incitado resulta irrelevante. En tanto que la impunidad trae causa de la indebida actuación policial, los límites del *entrapment* se configuran exclusivamente en referencia a ella.

¹⁷⁹ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1031.

¹⁸⁰ D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1167.

¹⁸¹ Voto concurrente del juez Roberts en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 455 (1932). Vid. también LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 494.

¹⁸² D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1155. En el mismo sentido AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 406.

¹⁸³ En *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 381 (1958) se alude expresamente a esta controversia, restándole importancia a sus implicaciones prácticas: “*se podría pensar que es, en gran medida, una cuestión académica si el tribunal encuentra un impedimento para la condena derivada de la ley penal o de una jurisdicción de supervisión sobre la administración de la justicia penal; bajo cualquiera de las dos teorías, sustancialmente las mismas consideraciones determinarán si la defensa del entrapment es apreciada*”.

¹⁸⁴ Voto concurrente del juez Roberts en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 457 (1932).

¹⁸⁵ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1035.

Adviértase que, con esta fundamentación, el *entrapment* es una institución procesal. El sujeto incitado indebidamente por la policía ha cometido un delito. Su absolución no deriva de la ley penal, sino de razones procesales vinculadas a la política pública. Por ello, determinar si concurre un *entrapment* objetivo —esto es, si la incitación policial efectuada era idónea para persuadir a una persona no predispuesta— se considera un asunto jurídico que debe ser resuelto por un juez, y no una cuestión fáctica sobre la que deba pronunciarse un jurado popular¹⁸⁶.

Debe reconocerse que la fundamentación de la variante objetiva del *entrapment* resulta menos extravagante que el argumento de la “intención legislativa”. A pesar de ello, tiene algunos déficits explicativos importantes. En primer lugar, esta fundamentación se centra, única y exclusivamente, en la actuación policial. Desde este punto de vista, la acción del sujeto incitado no es menos reprochable que cualquier otra conducta delictiva¹⁸⁷. Precisamente por ello, puede parecer sorprendente que la solución ante una actuación policial de estas características sea absolver al sujeto incitado¹⁸⁸. Sobre todo teniendo en cuenta que la censura de las incitaciones policiales dirigidas a no predispuestos *no se basa en ninguna previsión constitucional*¹⁸⁹. En efecto, la actuación policial propia del *entrapment* objetivo no vulnera derechos constitucionales del sujeto incitado¹⁹⁰. A pesar de las similitudes de esta variante del *entrapment* con la regla de exclusión probatoria¹⁹¹, el *entrapment* objetivo no constituye un remedio contra la vulneración de un precepto constitucional. En tanto que no se reconoce un derecho a no ser “víctima” de ciertas incitaciones policiales, no resulta evidente por qué la respuesta ante ellas debe ser absolver al sujeto incitado. Si lo que se pretende es disuadir determinadas actuaciones policiales (privándoles de conseguir el objetivo que persiguen) parece que existen otras alternativas más eficaces para ello¹⁹².

¹⁸⁶ DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 836.

¹⁸⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 406.

¹⁸⁸ En este sentido, MIKELL, “The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90, núm. 3, 1942, pág. 260.

¹⁸⁹ LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 466.

¹⁹⁰ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 1003.

¹⁹¹ Las referencias que hace la minoría del Tribunal Supremo a la disuasión de la policía y a la integridad de los tribunales también pueden encontrarse en la fundamentación norteamericana de la regla de exclusión probatoria. Vid. DRESSLER/THOMAS, *Criminal Procedure*, West, Saint Paul, 2013, pág. 468.

¹⁹² En cambio, el AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 407, parece resignado a aceptar que la única opción factible para disuadir a la policía de este clase de incitaciones es absolver al sujeto incitado. Sin embargo, su opinión parece fundarse simplemente en criterios pragmáticos vinculados al funcionamiento de la administración de justicia estadounidense. En concreto, afirma que “*hay pocas razones para suponer que los fiscales vayan a perseguir a la policía salvo en los casos más extremos*”, lo cual parece presuponer que las mentadas incitaciones policiales son efectivamente perseguibles. En este sentido, MIKELL, “The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts”, cit., pág. 264.

Sin embargo, el problema más importante de la fundamentación del *entrapment*, tanto en su variante objetiva como subjetiva, es que no ofrece una explicación convincente a la premisa de la que parte: la censura de las incitaciones policiales dirigidas a personas no predispuestas. ¿Por qué (solo) son rechazables esta clase de incitaciones? ¿Por qué la predisposición del sujeto incitado es el criterio que delimita su censura? Los argumentos que emplea el Tribunal Supremo norteamericano no son capaces de responder a estas preguntas que, por otra parte, constituyen la esencia del *entrapment* y delimitan su ámbito aplicativo. En este punto, sus razonamientos se tornan circulares y no pueden explicar la referencia a la predisposición¹⁹³. En efecto, como ya se ha expuesto, el Tribunal Supremo basa su censura a las incitaciones policiales dirigidas a no predispuestos en que: a) constituyen un grave abuso de autoridad; b) los “sentimientos comunes” las considerarían impropias del poder público; c) no se corresponden con la función de la policía. Pues bien, cuando se afirma que esta clase de incitaciones constituyen un grave abuso de autoridad, cabría preguntarse por qué no representa un abuso semejante instigar al delito a un sujeto predispuesto. Del mismo modo, cuando se apela a los “sentimientos comunes”, debería poderse explicar por qué esos mismos sentimientos considerarían adecuado incitar a una persona predispuesta¹⁹⁴. Por último, al declarar que la función de la policía es prevenir el delito y no crear delincuentes, surge inmediatamente la pregunta de ¿acaso no se crean delincuentes cuando se incita al delito a sujetos predispuestos?

Quizás esta última pregunta sea la clave para entender la configuración de la *doctrin of entrapment*. Recientemente, algún autor ha sugerido que la referencia a la predisposición podría explicarse por la influencia que tuvo el pensamiento del *positivismo criminológico* en el Tribunal Supremo americano al momento de dictarse la primera sentencia en que se aprecia el *entrapment*¹⁹⁵. Desde el punto de vista de esta escuela criminológica, la diferencia entre delincuentes y no delincuentes no es meramente contingente —unos han elegido cometer un delito y otros no— sino cualitativa y sustancial¹⁹⁶. Precisamente, la máxima pretensión de esta escuela es *diferenciar* entre clases “criminales” y “no criminales”¹⁹⁷. Desde esta perspectiva, tiene mucho sentido “*determinar si concurre entrapment trazando una línea entre la trampa para el inocente incauto y la trampa para*

¹⁹³ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 127, afirma que, en sus sentencias, tanto la mayoría como la minoría del Tribunal Supremo parecen considerar este punto demasiado obvio como para requerir una explicación.

¹⁹⁴ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1019, califica el argumento de los “sentimientos comunes” como tautológico.

¹⁹⁵ FRAMPTON, “Predisposition and Positivism”, cit., pág. 133.

¹⁹⁶ GARLAND, “The Criminal And His Science: A Critical Account of the Formation of Criminology at the End of the Nineteenth century”, *The British Journal of Criminology*, vol. 25, núm. 2, 1985, pág. 122.

¹⁹⁷ FRAMPTON, “Predisposition and Positivism”, cit., pág. 119.

el criminal incauto”¹⁹⁸. Esto es, establecer una distinción entre criminales (predispuestos) y no criminales (no predispuestos) al margen del hecho delictivo que ambos han cometido a causa de la incitación policial¹⁹⁹. Bajo estos presupuestos, solo en el último caso la policía estaría creando delincuentes. En el primero, simplemente, los estaría combatiendo. En este sentido, resultan muy esclarecedoras las palabras de la minoría del Tribunal Supremo cuando afirma que “*la sociedad está en guerra con las clases criminales y las cortes han sostenido de forma uniforme que al librar esta guerra, las fuerzas de prevención y detección pueden usar trampas, señuelos y engaños para obtener pruebas de la comisión del crimen*”²⁰⁰. Si aquello que debe ser combatido son las “clase criminales” (y no el delito) resulta comprensible que solo se censuren las incitaciones policiales dirigidas a sujetos no predispuestos (no criminales). Solamente esta clase de incitaciones estarían creando delincuentes y, por tanto, apartándose de la función que tiene encomendada la policía. En cambio, cuando se incita a delinquir a una persona predispuesta, la policía estaría persiguiendo a las “clases criminales” y, con ello, protegiendo a la sociedad de sus futuras acciones²⁰¹. Ello explicaría que la censura de las incitaciones policiales se limitara a aquellas que se dirigen contra sujetos no predispuestos.

En realidad, la explicación que se ha ofrecido en el texto no da respuesta a la pregunta de ¿por qué resultan censurables las incitaciones policiales dirigidas a sujetos no predispuestos? Más bien, plantea una posible *justificación* a las incitaciones policiales dirigidas a sujetos predispuestos. Esto es, intenta contestar a la pregunta de ¿por qué *no resultan censurables* las incitaciones policiales dirigidas a personas predispuestas? Pero esta cuestión todavía presupone que las “incitaciones policiales” (ahora en general, con independencia de su destinatario) son censurables, pues, de lo contrario, no habría nada que

¹⁹⁸ *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 372 (1958). En sentido muy parecido se pronuncia el voto particular del juez Brandeis en *Casey v. U.S.*, 276 U.S. 425 (1928): “*el gobierno puede poner señuelos para atrapar criminales. Pero no puede provocar o crear un crimen y luego castiga al criminal, su criatura*”.

¹⁹⁹ Desde el punto de vista del positivismo criminológico, el delito no constituiría más que una manifestación del carácter criminal de su autor. Esto es, de su peligrosidad. En este sentido, GARLAND, “The Criminal And His Science”, pág. 123; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003, pág. 164.

²⁰⁰ Voto concurrente del juez Roberts en *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 453 (1932)

²⁰¹ En este sentido, MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, cit., pág. 233, afirma que el desafío para la policía es identificar a aquellos individuos que ponen en serio peligro a la sociedad, al margen de la incitación realizada. Según este autor, el propósito original del *entrapment* sería evitar que los sujetos no peligrosos fueran castigados. Adviértase que, de este modo, se está asumiendo implícitamente otro de los postulados del positivismo criminológico: la atribución a la pena de una función (exclusivamente) preventivo-especial. Vid. al respecto MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., pág. 164. De todos modos, en tanto que el *entrapment* únicamente se aplica a delitos cometidos a causa de incitaciones policiales, difícilmente puede mantenerse —salvo que se sostenga que los individuos “no peligrosos” nunca delinquen sin una incitación policial— que su función sea evitar el castigo de las personas “no peligrosas”. Sobre esto último vid. *infra* el apartado 3 del capítulo VI.

justificar. ¿Por qué resultan censurables las incitaciones policiales? De momento, más allá de afirmar que no se corresponden con la función de la policía, no se ha ofrecido ninguna respuesta satisfactoria a esta pregunta.

1.3. La variante constitucional²⁰²

Más de cincuenta años después de establecer su doctrina sobre el *entrapment*, el Tribunal Supremo norteamericano insinuó *obiter dicta* que ciertas incitaciones policiales podrían tener incidencia en algún derecho constitucional. En concreto, afirmó que “*es posible que algún día se nos presente una situación en que la conducta de la policía resulte tan escandalosa que los principios del debido proceso impidan al gobierno recurrir a un proceso judicial para obtener una condena*”²⁰³. Es decir, que el derecho al proceso debido (“*due process*”) contenido en la quinta enmienda podía verse vulnerado en algunos casos de *entrapment*. Así, la equidad fundamental que garantiza dicho derecho podría quedar afectada si la actuación policial fuera tan escandalosa como para conmocionar la conciencia (“*shock the conscience*”) ²⁰⁴. No bastaría, por tanto, con una incitación apta para persuadir a un sujeto no predispuesto. Para que la incitación policial tuviera relevancia constitucional debería resultar tan censurable como para conmocionar el sentido universal de justicia (“*shocking to the universal sense of justice*”) ²⁰⁵.

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que los contornos de una actuación policial de estas características —apta para conmocionar la conciencia— nunca han sido definidos²⁰⁶. El Tribunal Supremo americano no ha estimado en ningún caso de *entrapment* la vulneración del derecho al proceso debido. Además, la referencia a la equidad fundamental que garantiza dicho derecho es tan genérica que no permite, por sí

²⁰² La doctrina norteamericana se suele referir a esta variante del *entrapment* como “defensa por conducta escandalosa del gobierno” (“*outrageous government conduct defense*”) o “defensa del debido proceso” (“*due process defense*”). Por una cuestión de simplicidad, aquí se ha preferido la denominación de variante constitucional.

²⁰³ *Russell v. U.S.*, 411 U.S. 431 (1973). Justo a continuación, concluye: “*sin embargo, este no es el caso*”.

²⁰⁴ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 1010.

²⁰⁵ *Russell v. U.S.*, 411 U.S. 432 (1973).

²⁰⁶ Tal y como indica LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 466, lo único que queda meridianamente claro es que el ámbito que abarcan las incitaciones policiales susceptibles de vulnerar el *due process* es más estrecho que el propio del *entrapment* objetivo y que, al igual que este último, su apreciación no depende de la concreta predisposición del sujeto incitado. En este sentido, puede apreciarse cierta redundancia entre ambas figuras: en todos los casos de incitaciones policiales que vulneran el *due process* la absolución del sujeto incitado también podría fundamentarse por la concurrencia de un *entrapment* objetivo. Por ello, esta modalidad de *entrapment* solo tendría sentido como complemento al *entrapment* subjetivo (evitando la condena de sujetos predispuestos ante incitaciones completamente desproporcionadas). Vid. SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 116; D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1170; ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 1019.

sola, deducir cual debería ser el contenido de esa clase de incitaciones policiales²⁰⁷. En efecto, al no concretar las razones por las cuales el derecho al debido proceso se vería vulnerado, este fundamento no es capaz de delimitar con una mínima precisión las actuaciones policiales que deberían comportar la impunidad del sujeto incitado. Por ello, no es de extrañar que esta variante “constitucional” del *entrapment* haya tenido muy poco recorrido²⁰⁸.

No obstante, aunque esta fundamentación no pueda explicar de forma satisfactoria por qué ciertas incitaciones policiales (y no otras) vulneran el proceso debido, sí que ofrece una respuesta convincente a por qué la solución adecuada ante ellas debe ser la absolución del sujeto incitado. En efecto, según la quinta enmienda, nadie puede ser privado “*de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*”. Al contrario de los que ocurre con la fundamentación de las variantes subjetiva y objetiva, aquí sí se reconoce un derecho a no ser “víctima” de ciertas incitaciones policiales. Por ello, resulta mucho más sencillo sostener que la respuesta adecuada ante tales incitaciones es absolver al sujeto cuyo derecho al proceso debido se ha visto vulnerado.

²⁰⁷ LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 507, señala que, en los casos penales, se viola el derecho al proceso debido cuando el gobierno ignora los principios de “equidad fundamental”. No obstante, tal y como indica este autor, no existe una línea divisoria bien establecida entre comportamientos del gobierno fundamentalmente justos e injustos y, por ello, los tribunales han de realizar determinaciones fundamentales de equidad caso por caso.

²⁰⁸ ROTH, “The anomaly of Entrapment”, cit., pág. 1026 afirma que hasta la fecha únicamente consta un caso en que se haya estimado esta variante del *entrapment*. Además, tal y como señala LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 505, en muchos Estados norteamericanos ni siquiera se reconoce la posibilidad de apreciarla.

2. La provocación policial en la doctrina del TEDH

Desde hace algunos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido delimitando una figura de contornos semejantes a la del delito provocado²⁰⁹. El tribunal de Estrasburgo denomina a este instituto “provocación policial”²¹⁰, y considera que las condenas que se fundamentan en esta clase de actuaciones vulneran el derecho a un proceso equitativo contenido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*existe provocación policial cuando los agentes implicados –miembros de las fuerzas del orden o personas que intervienen a su solicitud– no se limitan a examinar de una manera puramente pasiva la actividad delictiva, sino que ejercen sobre la persona que ha sido objeto de una influencia susceptible de incitar a cometer un delito que de otra manera no habría cometido, para hacer posible la constatación, es decir, aportar la prueba y perseguirla*”²¹¹. De este modo, el tribunal europeo concreta el ámbito de esta figura a partir de tres elementos. En primer lugar, el promotor de una provocación policial debe ser un agente de policía o una persona que actúe bajo sus instrucciones²¹². En segundo término, la actuación de dicho sujeto debe consistir en incitar a la comisión de un delito que de otro modo no se hubiera cometido. Por último, la actuación en cuestión debe estar dirigida a la posterior persecución de la infracción favorecida.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza una fórmula hipotética para delimitar la provocación policial. Así, el delito promovido por los agentes policiales tendrá la consideración de provocación policial “*si nada indica que, sin su intervención, éste habría sido perpetrado*”²¹³. De este modo, el ámbito de esta figura queda limitado a aquellos supuestos en los que la infracción penal no se hubiera cometido de no ser por la

²⁰⁹ La primera sentencia en que aparece esta figura es la STEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998.

²¹⁰ En las versiones inglesas de sus sentencias, el TEDH utiliza indistintamente *police incitement* – traducción del término francés *provocation policière*– o *entrapment* –término arraigado en la jurisprudencia anglosajona– para referirse a esta figura. Sin embargo, en las traducciones al castellano de dichas sentencias se opta por la denominación de provocación policial.

²¹¹ STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 55. Posteriormente, este mismo párrafo puede encontrarse transcrito en las SSTEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 37; *caso Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011, párr. 42; *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 48.

²¹² Por ejemplo, en la STEDH *caso Vanyan v. Rusia*, de 15-12-2005, se aprecia una provocación policial en una operación de venta simulada de droga llevada a cabo por un ciudadano que actuaba bajo directrices de la policía. También en la STEDH *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-04-2017, se analiza la posible concurrencia de una provocación policial promovida por un informante de la policía (aunque finalmente dicha conclusión se descarta por otras razones).

²¹³ STEDH *caso Prado Bugallo v. España*, de 18-10-2011, párr. 27.

intervención policial²¹⁴. No se debería apreciar provocación policial alguna si el tribunal llega a la conclusión de que el delito se hubiera llevado a cabo de todas maneras sin la actuación policial²¹⁵.

No obstante, la aparente claridad de esta fórmula se desvanece completamente cuando el tribunal de Estrasburgo concreta los criterios que deben ser utilizados para comprobar si el delito se habría cometido sin la intervención de las autoridades: “*al examinar si existe provocación policial, la Corte intentará, como primer paso, establecer sobre la base del material disponible si el delito se habría cometido sin la intervención de las autoridades, es decir, si la investigación fue esencialmente pasiva. Para decidir si la investigación fue esencialmente pasiva, la Corte examinará los motivos subyacentes de la operación encubierta, en particular, si existían sospechas objetivas de que el recurrente estaba involucrado en una actividad criminal o estaba predispuesto a cometer un delito, y la conducta de las autoridades que la llevaron a cabo, específicamente si las autoridades ejercieron tal influencia sobre el recurrente como para incitar a la comisión de un delito que de otro modo no se hubiera cometido*”²¹⁶. Tal como puede apreciarse, la formulación de estos criterios resulta especialmente confusa. Dejando de lado la tautología que contiene el párrafo transcrito²¹⁷, podemos apreciar que el tribunal europeo emplea dos criterios de distinta naturaleza para determinar si el delito se hubiera cometido sin la intervención policial²¹⁸. Por un lado, tiene en cuenta las *sospechas* que tuviera la policía en el momento de la intervención. Por el otro, valora la *influencia* ejercida sobre el sujeto abordado.

En relación al primero de estos criterios, el TEDH tiene especialmente en cuenta si en el momento de la intervención existían *sospechas* fundadas de que el sujeto abordado estaba

²¹⁴ Así, por ejemplo, en la STEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998, párr. 39, se llega a la conclusión de que concurre una provocación policial en base a que “*la actividad de los dos policías sobrepasó la de un agente infiltrado ya que provocaron el delito y que nada indica que, sin su intervención, éste hubiera sido perpetrado*”.

²¹⁵ En ocasiones la jurisprudencia española también utiliza una fórmula hipotética como la del TEDH para delimitar el delito provocado: “*recordamos que la existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito*” (STS 395/2014, de 13-5).

²¹⁶ SSTEDH *caso Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 78; *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 123 (traducción propia).

²¹⁷ Dado que uno de los criterios que utiliza para determinar si el delito se hubiera cometido sin la intervención de las autoridades es, precisamente, si las autoridades ejercieron tal influencia sobre el solicitante como para incitar a la comisión de un delito que de otro modo no se hubiera cometido.

²¹⁸ Con una formulación ligeramente distinta, estos dos criterios también pueden ser identificados en la STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 71: “*si habían provocado o no la realización de un acto criminal. Para ello, deberían haber verificado las razones por las que la operación fue organizada, el alcance de la participación de la policía en el delito, así como la naturaleza de la provocación o de las presiones ejercidas sobre el demandante*”.

involucrado en una actividad criminal o se encontraba predispuesto a cometer un delito²¹⁹. De esta forma, las sospechas que tuviera *ex ante* la policía aparecen como un factor relevante a la hora de determinar si existe una provocación policial²²⁰. En este sentido, en el ámbito del tráfico de drogas “*la Corte ha constatado que las autoridades nacionales no tenían motivos fundados para sospechar que una persona estuviera previamente involucrada en el tráfico de drogas cuando esta carecía de antecedentes penales, no se habían abierto investigaciones preliminares contra ella y no había nada que sugieren que tenía una predisposición a involucrarse en el tráfico de drogas hasta que fue abordado por la policía*”²²¹. Así pues, los antecedentes penales del sujeto abordado²²², la

²¹⁹ STEDH caso *Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 51.

²²⁰ Por ejemplo, uno de los argumentos empleados en la STEDH caso *Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011, párr. 46, para apreciar una provocación policial es que “*los agentes carecían de datos para pensar que el demandante estaba implicado en el tráfico de drogas o si sabía algo de las actividades ilícitas de M. antes de que la policía iniciara su operación*”. En sentido contrario, en la DTEDH caso *Eurofinacom v. Francia*, de 7-9-2004, se reconoce que la policía tomó la iniciativa e instigó al delito, pero excluye la existencia de una provocación policial en base a que se disponía de sospechas fundadas de la actividad delictiva continuada de los recurrentes.

²²¹ STEDH caso *Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 81 (traducción propia). Inmediatamente después, en esta misma resolución se afirma que en este ámbito también puede valorarse “*la familiaridad demostrada con los precios actuales de las drogas, la habilidad para obtenerlas con poca antelación, así como la ganancias pecuniarias obtenidas mediante la transacción*”. No obstante, estos últimos criterios parecen poco indicativos de si la policía tenía sospechas fundadas sobre el sujeto abordado, pues hacen referencia a datos que normalmente se conocerán *tras* la actuación policial. Más bien, parece que estos criterios apuntan a la posibilidad de acreditar *en el momento del juicio (ex post)* la predisposición a delinquir del sujeto en cuestión. En este sentido los utiliza, de forma explícita, la opinión disidente del juez Björgvinsson en la SETDH caso *Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011: “*el señor Malininas estaba predispuesto a cometer un delito de tráfico de drogas antes de que se ejecutara el Modelo. Quiero señalar que este Tribunal ha reconocido, en algunos asuntos, que las propias circunstancias del caso pueden resultar indicativas de una actividad o intención delictiva preexistente y por eso justifican que se usen operaciones encubiertas como las utilizadas en el presente asunto. Entre tales factores, se encuentra el hecho que una persona esté familiarizada con el mercado de las drogas: por ejemplo, si sabe los precios de las diferentes drogas, o si es capaz de conseguir droga rápidamente (...)* Lo que indica claramente que el señor Malininas estaba previamente involucrado en el tráfico de drogas es que éste estaba aparentemente familiarizado con el mercado de las drogas cuando se le acercó el agente de policía, ya que ya estaba bien informado sobre los precios de las drogas psicotrópicas, así como sobre los posibles suministradores de estas drogas. Por este motivo, creo que estaban justificadas las operaciones encubiertas contra el señor Malininas. Por lo tanto, no se puede decir en el presente asunto que, a través de operaciones encubiertas injustificadas dirigidas contra Malininas, la policía instigara un delito en lo concerniente al demandante (...) en lo que concierne al demandante mismo, usando los mismos criterios que anteriormente, es sorprendente que estuviera preparado y fuera capaz de satisfacer la solicitud de Malininas de drogas psicotrópicas por un valor de 3.000 dólares estadounidenses de forma relativamente rápida. Es casi inconcebible que alguien que no sabía nada del mundo del comercio de drogas antes sea capaz de llevar a cabo un trato de tal magnitud tan rápidamente. Esto es suficiente para demostrar que el demandante estaba claramente predispuesto a cometer un delito de drogas antes de que se pusiera en práctica el Modelo contra el señor Malininas”. Adviértase que, en el texto transcrito, el conocimiento del precio de la droga y la facilidad para conseguirla del Sr. Malininas no se emplean como criterios para determinar si la policía disponía *ex ante* de sospechas fundadas sobre su predisposición, sino como criterios para acreditar *ex post* que estaba efectivamente predispuesto a cometer el delito.

²²² A pesar de tenerlos en cuenta, el TEDH suele relativizar la relevancia de los antecedentes penales a la hora de valorar si la policía disponía de sospechas fundadas para llevar a cabo la actuación encubierta. Vid. por ejemplo, la STEDH caso *Constantin y Stoian v. Rumania*, de 29-9-2009, párr. 55 (traducción propia):

existencia investigaciones abiertas contra él o, en general, las sospechas sobre su predisposición delictiva, pueden constituir motivos válidos para la intervención policial²²³.

En ocasiones el TEDH también tiene en consideración si el operativo policial estaba *supervisado judicialmente* a la hora de valorar si concurre una provocación policial: “*la Corte ha considerado que la supervisión judicial es el medio más apropiado para autorizar casos que involucran operaciones encubiertas*”²²⁴. Según el propio TEDH “*la falta de garantías procesales en una operación encubierta genera riesgo de arbitrariedad y de incurrir en provocación policial*”²²⁵. No obstante, aunque en sus primeras sentencias pudiera parecerlo²²⁶, el tribunal de Estrasburgo no ha ido tan lejos como para exigir que toda operación encubierta cuente con autorización y supervisión judicial²²⁷. Más bien, parece que el TEDH valora la existencia de supervisión judicial como un argumento de

“*Nada en el pasado de los recurrentes sugería una predisposición al tráfico de drogas. El solo hecho de que uno de ellos fuera un usuario de drogas condenado... no puede cambiar la conclusión del Tribunal*”. En el mismo sentido se pronuncia la STEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 41 (traducción propia): “*la Corte ha especificado que, aunque el recurrente tuviera una condena penal en el pasado, esto no es en sí mismo indicativo de una actividad delictiva en curso*”. También apunta en esta dirección la STEDH *caso Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011, párr. 46: “*El Gobierno indica que M. tiene antecedentes penales, pero los documentos expuestos por las partes muestran que nada permitía indicar claramente que hubiera estado previamente involucrado en tráfico de drogas*”.

²²³ GRECO, “*Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?*”, StraFo, núm. 2, 2010, pág. 54, critica convincentemente el concepto de sospecha que utiliza el TEDH. Para este autor, las sospechas, como categoría epistémica, deben ir referidas necesariamente a un hecho delictivo pasado. Lo contrario, esto es, vincularlas a un posible hecho delictivo futuro, supone negar la libertad de elección del “*futuro delincuente*”. Es decir, reducirlo a una simple fuente de peligro. En sentido similar TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pág. 199, negando que las sospechas sobre un hecho futuro sean compatibles con el derecho penal del hecho. Adviértase que, en los razonamientos del TEDH, ni siquiera queda claro cuál es el objeto de referencia de las sospechas. En algunas ocasiones parece ser una actividad delictiva previa (hecho pasado), en otras un eventual delito que se fuera a cometer (hecho futuro), e incluso, a veces, parecen ir referidas a la propia predisposición delictiva del sujeto abordado.

²²⁴ SETDH *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 124 (traducción propia). A continuación, esta misma sentencia afirma que “*la ejecución de compras simuladas realizadas por un agente encubierto o informante debe estar particularmente bien justificada, estar sujeta a un estricto procedimiento de autorización y estar documentada de manera que permita un posterior escrutinio independiente de la conducta de los actores*”. Vid. en el mismo sentido SSETDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 49; *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 53.

²²⁵ SETDH *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 124 (traducción propia).

²²⁶ En este sentido, GRECO, “*Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?*”, cit., pág. 53. Por ejemplo, en la pionera STEDH *caso Teixeira v. Portugal*, de 9-6-1998, párr. 38, la falta de un adecuado control judicial parece ser uno de los argumentos determinantes para apreciar una provocación policial: “*el Gobierno no ha alegado que la intervención de los policías mencionados se situara en el marco de una operación de represión del tráfico de estupefacientes ordenada y controlada por un magistrado*”.

²²⁷ Así, por ejemplo, en la STEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 50 (traducción propia), se abre la puerta a otra clase de controles: “*En cuanto a la autoridad que ejerce control sobre las operaciones encubiertas, la Corte ha sostenido que la supervisión judicial sería el medio más apropiado; sin embargo, con procedimientos y salvaguardias adecuados, se pueden utilizar otros medios, como la supervisión de un fiscal*”. Vid. también STEDH *caso Miliniene v. Lituania*, de 24-6-2008, párr. 39.

apoyo a la hora de determinar si el operativo policial estaba basado en sospechas fundadas²²⁸.

El segundo de los criterios que tiene en cuenta el TEDH es la *influencia* ejercida por la policía sobre el sujeto abordado. Por un lado, el *momento en que se ejerce la influencia* parece ser un elemento especialmente relevante. Así, el tribunal de Estrasburgo contrapone la “instigación” o “iniciación” del delito por parte de la policía, a su “implicación” en un delito que ya estaba en curso (“*join an on-going offence*”)²²⁹. A estos efectos lo determinante será si la actividad delictiva en cuestión ya estaba en marcha en el momento de la intervención policial²³⁰. También, por otro lado, el TEDH parece ser sensible al *grado de influencia* ejercido por la policía. En este sentido, en el contexto del tráfico de drogas, se ha considerado que constituyen provocaciones policiales conductas tales como “*renovar la oferta a pesar de su negativa inicial, insistir, ofrecer un precio más alto que el promedio, o apelar a la compasión del sujeto mencionando síntomas de abstinencia*”²³¹.

Como puede advertirse, la delimitación del ámbito de la provocación policial resulta mucho más confusa de lo que *a priori* pudiera parecer. En primer lugar, uno de los criterios que, según el TEDH, deben utilizarse para comprobar si el delito se hubiera cometido sin la intervención policial, no resulta adecuado para resolver dicha cuestión. En efecto, para responder a la pregunta hipotética de si el delito se hubiera llevado a cabo sin la actuación de la policía, no resulta relevante conocer las *sospechas* que esta tuviera *ex ante* sobre el sujeto abordado. Dicha pregunta debe resolverse con toda la información disponible, y no exclusivamente con la que tuviera el policía en el momento previo a su intervención. Resulta indiferente si los datos que ponen de manifiesto que el delito se

²²⁸ ORMEROD/ROBERTS, “The trouble with Teixeira: Developing a principled approach to entrapment”, *The international journal of evidence & proof*, núm. 38, 2002, pág. 43. En cambio MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis – zur Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR (auch) für das deutsche Strafprozessrecht”, *JZ*, núm. 70, 2015, pág. 765, lo trata como un criterio autónomo separado de las sospechas y el nivel de influencia.

²²⁹ Así, por ejemplo, en las SSTEDH *caso Malininas v. Lituania*, de 1-7-2008, párr. 37; *caso Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011, párr. 45 se aprecia una provocación policial en base a que los policías “*no se limitaron a «implicarse» en un delito que ya estaba en curso: en las circunstancias del presente caso, también instigaron a la comisión del delito por parte del demandante*”. Las SSTEDH *caso Miliniene v. contra Lituania*, 24-6-2008, párr. 38; *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 144 (traducción propia) también recurren a esta distinción, aunque utilizando el verbo “iniciar” en vez de “instigar”: “*la policía se ha implicado en la actividad delictiva en lugar de haberla iniciado*”.

²³⁰ STEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 43.

²³¹ SSTEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 47; *caso Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 82 (traducción propia).

habría cometido igualmente (o no) estaban disponibles *ex ante* o se han obtenido *ex post*²³².

La información que tuviera *ex ante* la policía sería relevante para tratar de responder a la pregunta de si, en el momento de su intervención, existían sospechas fundadas de que el delito se hubiera cometido de todos modos²³³. No obstante, la pregunta que plantea la fórmula hipotética del TEDH es: ¿se hubiera cometido el delito igualmente?, y no ¿tenía la policía sospechas fundadas de que el delito se hubiera cometido igualmente? Adviértase que ambas preguntas tienen un contenido distinto y, en un mismo caso, podrían ser contestadas de forma diferente²³⁴.

En segundo lugar, no queda claro qué papel juega en esta construcción la referencia que hace el TEDH a la “incitación” o “instigación” de la policía. Esto es, qué importancia tiene que la intervención policial sea anterior o posterior a la “ideación” o “puesta en marcha” del delito. En algunas ocasiones parece que el *momento en que se ejerce la influencia* sea un simple criterio auxiliar para determinar si el delito se hubiera cometido sin la intervención policial²³⁵. En otras, parece que sea un requisito añadido. Es decir, que además de comprobar que el delito no se hubiese cometido sin la intervención policial, para apreciar una provocación policial es necesario que dicha intervención consista en incitar o iniciar un delito que hasta ese momento no había sido concebido ni planeado por el sujeto abordado²³⁶.

²³² Lo mismo ocurre con la existencia de autorización y supervisión judicial. A la hora de responder a la pregunta de si el delito se hubiera cometido igualmente sin la intervención policial, resulta irrelevante saber si dicha intervención fue autorizada y supervisada judicialmente.

²³³ En la traducción oficial en lengua castellana de la STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 56, parece que sea precisamente esa la pregunta relevante para delimitar el ámbito de la provocación policial: “*la actividad de los policías había rebasado los límites de la infiltración, puesto que provocaron el delito cuando nada indicaba que, sin su intervención, éste habría sido cometido*”. No obstante, esto es debido a un problema de traducción. En la versión inglesa de esta sentencia puede apreciarse claramente que la pregunta hipotética del TEDH no se condiciona a la información que tuviera *ex ante* la policía: “*their actions had gone beyond those of undercover agents because they had instigated the offence and there was nothing to suggest that without their intervention it would have been committed*”. La traducción de “and” por “cuando” crea la falsa impresión de que la pregunta hipotética debe responderse únicamente a partir de los datos que tuviera la policía en el momento de su intervención.

²³⁴ Vid. varios ejemplos *infra* en el apartado 7.1.4.

²³⁵ Así, que la influencia policial se hubiera llevado a cabo con anterioridad a la “ideación” o “puesta en marcha” del delito sería un fuerte indicio de que la infracción no se hubiera cometido sin dicha influencia. Pero sería simplemente eso: un indicio. De este modo, aunque la influencia hubiera sido posterior, otros indicios podrían poner de manifiesto que el delito tampoco se hubiera cometido sin la actuación policial. Vid. el párrafo ya transcrito de las SSTEDH *caso Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 78; *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 123.

²³⁶ Vid. la STEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 43, y la DTEDH *caso Sequeira v. Portugal*, de 6-5-2003. En esta última decisión, resulta un factor determinante para descartar la concurrencia de una provocación policial el hecho de que “*A. y C. comenzaron a colaborar con el departamento de investigación criminal en un momento en que el recurrente ya había contactado a A. con miras a organizar el envío de cocaína a Portugal*”.

Este matiz sería relevante en todos aquellos supuestos en los que la policía no toma la iniciativa, pero proporciona medios para la ejecución delictiva *sin los cuales el delito no se habría podido cometer*. Por ejemplo, imaginemos que un sujeto planea realizar una importante operación marítima de tráfico de drogas, pero carece de los medios necesarios para llevarla a cabo. Por alguna razón, la policía se entera de sus planes y pone en contacto con dicho sujeto varios agentes de incógnito que le ofrecen una embarcación adecuada y una tripulación preparada para la operación que tiene en mente²³⁷. En un caso como este, el delito no se habría cometido sin la intervención policial. Sin embargo, difícilmente podría decirse que la policía lo ha instigado, pues el plan delictivo era anterior a su aparición. ¿Debería apreciarse aquí una provocación policial? La respuesta depende del papel que juegue en esta construcción el criterio de la instigación. Si se trata de un requisito, la contestación debería ser negativa. En cambio, si se trata de un simple criterio auxiliar para determinar si el delito se habría cometido de todos modos, la respuesta sería afirmativa²³⁸.

Por último, tampoco queda claro cuál es el concreto alcance de la fórmula hipotética que emplea el TEDH. Es decir, qué significa exactamente que *el delito no se hubiera cometido sin la intervención policial*. Lo más lógico sería interpretar que dicha fórmula plantea una operación mental equivalente a la que requiere la *condicio sine qua non*. Esto es, comprobar que, tal y como fueron los hechos, suprimiendo mentalmente la contribución policial, el delito se hubiese cometido igualmente²³⁹. No obstante, en ocasiones el TEDH emplea algunos criterios para valorar si el delito se hubiera cometido de todos modos que hacen pensar que el alcance de la fórmula señalada es otro diferente. Así, cuando el TEDH tiene en cuenta factores referidos al *grado de influencia* como la insistencia del policía, el precio ofrecido por la droga, o si se ha apelado a la compasión del sujeto, no parece que esté tratando de averiguar si el concreto delito acaecido hubiera sucedido de todos modos sin la intervención policial. Más bien, parece que el TEDH está realizando un juicio de pronóstico acerca de si ese sujeto *probablemente hubiera terminado cometiendo un delito de características similares al que sucedió en la realidad*. Es decir, parece estar

²³⁷ Supuesto inspirado en la STS 427/2013, de 10-5. Vid. *supra* en el apartado 6.1.1 del capítulo II un análisis de la resolución de este caso por parte de la jurisprudencia española.

²³⁸ Adviértase que, si esto fuera así, la palabra “incitar” que en ocasiones emplea el TEDH para formular la pregunta hipotética que delimita la provocación policial, quedaría vacía de contenido: “*existe provocación policial cuando los agentes implicados (...) ejercen sobre la persona que ha sido objeto de una influencia susceptible de incitar a cometer un delito que de otra manera no habría cometido*” (STEDH caso *Lalas v. Lituania*, de 1-3-2011, párr. 42). En este sentido, tendrían razón ORMEROD/ROBERTS, “The trouble with Teixeira”, cit., pág. 43, cuando afirman que cualquier participación policial en la comisión de un delito es, desde la perspectiva del TEDH, una incitación.

²³⁹ Tal y como indica GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 55, si esto fuera así, la actuación policial habría sido irrelevante, y hubiera bastado con omitirla y esperar a que el sujeto llevara a cabo el delito por sí mismo.

valorando la *peligrosidad* del sujeto abordado²⁴⁰. Esto se hace especialmente patente cuando el TEDH hace referencia a la “predisposición” del sujeto²⁴¹, o cuando tiene en cuenta “*la familiaridad demostrada con los precios actuales de las drogas, la habilidad para obtenerlas con poca antelación, o la ganancia pecuniaria obtenida mediante la transacción*”²⁴². Estos factores, más que apuntar a la eficacia causal de la intervención policial, parecen ir referidos a la *personalidad* del sujeto que ha delinquido²⁴³.

Imaginemos un supuesto en el que un agente policial se presenta como una víctima propicia para ser atracada o como un funcionario dispuesto a aceptar un soborno. Si la fórmula hipotética del TEDH se entiende al modo de la *condicio sine qua non*, siempre debería apreciarse una provocación policial en estos casos, pues suprimiendo mentalmente la aportación del agente policial el delito no podría haberse producido. Sin víctima a la que atracar, o funcionario al que sobornar, el delito de robo o de cohecho no podría haberse llevado a cabo. En esta clase de supuestos, la intervención policial siempre sería causa del delito. En cambio, si fórmula mentada se entiende como un juicio de pronóstico acerca de si el sujeto abordado probablemente hubiera acabado cometiendo un delito similar al acaecido, la resolución de estos casos dependería de otra clase de factores. En concreto, de la probabilidad de que dicho sujeto se encontrara con una víctima o un funcionario en circunstancias parecidas a las que fingió el agente policial.

En todo caso, la delimitación que efectúa el TEDH del ámbito de la provocación policial resulta bastante difusa²⁴⁴. Lo único que parece quedar claro es que el promotor de una

²⁴⁰ GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 55.

²⁴¹ Vid, por ejemplo, las SSTEDH *caso Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 38; *caso Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 81; *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 50.

²⁴² STEDH *caso Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 81 (traducción propia).

²⁴³ GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 54, apunta a esta misma conclusión, citando numerosos ejemplos jurisprudenciales en los que se aprecia una provocación policial por no poderse acreditar que el sujeto abordado por la policía fuera un “traficante” o un “corrupto”. Así, por ejemplo, la STEDH *caso Khudobin v. Rusia*, de 26-10-2006, párr. 134 (traducción propia), descarta la existencia de una provocación policial en base a que “*el recurrente no obtuvo ningún beneficio financiero de comprar la heroína de G. y dársela a T. Además, M. testificó que nunca antes había comprado heroína al recurrente. De esos elementos podría interpretarse razonablemente que el recurrente no era un traficante de drogas conocido por la policía*”. También la STEDH *caso Vanyan v. Rusia*, de 15-12-2005, párr. 49 (traducción propia), llega a una conclusión parecida: “*No hay evidencia que sugiera que antes de la intervención de OZ, la policía tuviera motivos para sospechar que el recurrente fuera un traficante de drogas*”. De forma acertada, GRECO critica esta clase de razonamientos aduciendo que en un Derecho penal del hecho no debería tener relevancia la pregunta acerca de si el sujeto que ha delinquido era un “traficante” o un “corrupto”.

²⁴⁴ ORMEROD/ROBERTS, “The trouble with Teixeira”, cit., pág. 43, critican el estilo de razonamiento adoptado por el TEDH debido a su excesivo casuismo, además de su falta de claridad doctrinal y compromiso con las cuestiones filosóficas en juego. En concreto, en el ámbito de la provocación policial, consideran que el TEDH no identifica los principios implicados en la operación, ni explica cómo se deriva su decisión de esos principios. También se muestra crítico con esta construcción RENZIKOWSKI, “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, en *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Paul Siebeck, Tübingen, 2003, pág. 205, por no concretar el TEDH cuál es el contenido y el alcance del derecho a un

provocación policial debe ser un agente de policía²⁴⁵ o una persona que actúe bajo sus instrucciones²⁴⁶, y que su actuación debe estar dirigida a la posterior persecución de la infracción favorecida. El concreto contenido de la actuación que integra una provocación policial, y el papel que desempeñan las sospechas previas en su delimitación²⁴⁷, queda considerablemente desdibujado en sus resoluciones.

En cambio, en contraposición a la ambigüedad de sus límites, las *consecuencias* derivadas de una provocación policial han sido establecidas por el TEDH con meridiana claridad: “*el art. 6.1 del Convenio no permite el uso de pruebas obtenidas como resultado de una provocación policial. Para que el juicio sea justo de acuerdo a esta disposición, todas las pruebas obtenidas como resultado de una provocación policial deben ser excluidas o debe aplicarse un procedimiento con consecuencias similares*”²⁴⁸. Es decir, una condena

proceso equitativo. En el mismo sentido, KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pág. 131.

²⁴⁵ En la STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 63 se afirma que no puede excluirse la concurrencia de una provocación policial por el hecho de que la policía actúe por iniciativa propia al margen de cualquier procedimiento legal: “*las autoridades nacionales no podrían verse exoneradas de su responsabilidad por las actuaciones policiales limitándose a invocar el hecho de que éstos, aunque cumpliendo actos de naturaleza policial, habrían actuado «a título personal». La responsabilidad de las autoridades se impone todavía más que la fase inicial de la operación, a saber los actos realizados hasta el 27 de enero de 1999, se llevaron a cabo fuera de todo marco legal, en ausencia de habilitación judicial*”. No obstante, a continuación, el TEDH parece insinuar que esto podría ser diferente si el policía en cuestión resultara castigado por su actuación: “*Además, autorizando a proceder al simulacro de delito y exonerando de toda responsabilidad a A. Z., las autoridades regularizaron ex post la fase preliminar y aprovecharon sus resultados. Por otro lado, ninguna explicación satisfactoria fue ofrecida respecto a las razones y eventuales motivos personales por los que A. Z. se habría acercado, por iniciativa propia, al demandante, sin informar a sus superiores, ni las razones por las que no fue perseguido por los actos que cometió durante esta fase preliminar*”.

²⁴⁶ No obstante, en la DTEDH *caso Shannon v. United Kingdom*, de 6-4-2004, se deja la puerta abierta a la posibilidad de apreciar una provocación policial en delitos instigados por un particular que no actúa bajo instrucciones policiales. Así, en dicha decisión se afirma que, en determinadas circunstancias, la admisión de pruebas obtenidas mediante la instigación de un particular que actúa *motu proprio* podría hacer que el procedimiento penal no fuera equitativo. Sin embargo, el Tribunal no concreta cuáles serían esas circunstancias. En el caso en cuestión, el TEDH parece tener en cuenta que, aunque el particular actuaba por iniciativa propia, planeaba denunciar el hecho posteriormente y entregar a la policía las pruebas que obtuvo mediante la instigación. Además, también hace una mención expresa a que dicho particular no fue acusado por su implicación en el delito que instigó. Esta última circunstancia parece ser especialmente relevante para el TEDH (vid. nota anterior). No obstante, finalmente se descarta la concurrencia de una provocación policial por otras razones y, por ello, no se especifica qué elementos podrían llegar a equiparar la acción de un particular a la de la policía.

²⁴⁷ En algunas resoluciones parece que, con independencia del grado de influencia ejercido por la policía, la ausencia de sospechas previas determina por sí misma la apreciación de una provocación policial. En este sentido apunta KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 134, respecto a la STEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998. Sin embargo, en otras sentencias no queda nada claro cuál es la relevancia de las sospechas a la hora de establecer si concurre una provocación policial. En este sentido MEYER/WOHLERS, “*Tatprovokation quo vadis*”, cit., pág. 766; I. ROXIN, “*Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen*”, en *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2017, pág. 1364.

²⁴⁸ STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 64.

penal basada en una provocación policial vulnera el art. 6.1 del CEDH²⁴⁹. De este modo, el derecho a un proceso equitativo impide que una condena penal se fundamente en una provocación policial²⁵⁰. Aunque el TEDH hace referencia expresa a la “nulidad de las pruebas obtenidas” como remedio adecuado ante una provocación policial²⁵¹, no excluye que los ordenamientos internos prevean soluciones de otra naturaleza para lograr que no se imponga una condena²⁵². Así, otras soluciones de carácter procesal o material²⁵³ también resultan adecuadas para salvaguardar el derecho al proceso equitativo *siempre que conduzcan a la impunidad*. En este sentido, la mera atenuación de la pena impuesta debe considerarse insuficiente para proporcionar una reparación adecuada por una infracción del artículo 6.1²⁵⁴.

No obstante, la *fundamentación* que ofrece el TEDH sobre por qué las provocaciones policiales vulneran el art. 6.1 del CEDH es realmente escueta. Así, por ejemplo, la STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 54, afirma que *“aunque la intervención de agentes infiltrados pueda ser tolerable en la medida en que está claramente circunscrita y rodeada de garantías, el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial. Dicho*

²⁴⁹ Así, en la STEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998, se afirma, respecto a la provocación policial, que *“esta intervención y su utilización en el procedimiento penal litigioso privaron ab initio y definitivamente al demandante de un proceso equitativo. Por lo tanto, hubo violación del artículo 6.1”*.

²⁵⁰ Del mismo modo, el TEDH también estima vulnerado el art. 6.1 del CEDH en aquellos casos en que, ante una alegación razonable de provocación policial por parte del acusado, los tribunales nacionales omiten analizar debidamente dicha cuestión. El TEDH denomina a este examen “test procesal”. En este sentido, SSTEDH *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 135; *caso Patrascu v. Rumanía*, de 14-2-2017, párr. 38. Para un análisis de esta última sentencia en castellano vid. GUERRERO PALOMARES, “Exigencias del juicio justo en el enjuiciamiento del delito provocado por agente encubierto: STEDH Patrascu vs. Rumanía, de 14 de febrero de 2017”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Sepin, Madrid, 2018, pág. 785.

²⁵¹ Así, la STEDH *caso Khudobin v. Rusia*, de 26-10-2006, párr. 134 (traducción propia), afirma que *“la legislación nacional no debe tolerar el uso de pruebas obtenidas como resultado de una provocación policial. Si lo hace, la legislación nacional no cumple a este respecto con el principio del proceso equitativo”*. Además, el TEDH especifica que la posterior *“confesión de haber cometido un delito al que se ha sido provocado no haría desaparecer ni la provocación ni los efectos de ésta”* (STEDH *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 72).

²⁵² Tal y como indican RENZIKOWSKI, “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, cit., pág. 205 y KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 141, no es tarea del TEDH concretar la naturaleza de la medida que conduce a la impunidad de la provocación policial. Similar, SINN/MALY, “Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation”, NStZ, 2015, pág. 382.

²⁵³ STEDH *caso Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 126.

²⁵⁴ STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 69. Hasta el momento de dictar esta misma resolución, el TEDH no se había pronunciado expresamente sobre este extremo. En este sentido, C. SCHMIDT, “Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation”, ZIS, núm. 1, 2017, pág. 56. No obstante, tal y como señalaron en su momento autores como C. ROXIN, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99”, cit., pág. 369 y KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 141, esta conclusión podía inferirse fácilmente de los razonamientos vertidos en sus sentencias anteriores.

procedimiento es susceptible de privar ab initio y definitivamente al acusado de un proceso equitativo". Tras admitir que con las debidas garantías se pueden permitir investigaciones encubiertas, el TEDH fija como límite a estas la utilización como prueba de los datos obtenidos tras una provocación policial, dado que en estos casos se vulneraría el derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, el TEDH no expone ninguna razón por la que en estos casos se vulnere dicho derecho, ni explica por qué esta vulneración únicamente se produce cuando se acredita que el delito no se hubiera producido sin la intervención policial²⁵⁵. La única razón material que ofrece es que "*la tarea de la policía es prevenir e investigar el delito y no incitarlo*"²⁵⁶.

²⁵⁵ En este sentido, la fundamentación del TEDH tiene los mismos déficits explicativos que la variante constitucional del *entrapment*. En tanto que no se aclara por qué ciertas incitaciones policiales vulneran el proceso debido, no puede delimitarse con suficiente precisión el ámbito que abarcan.

²⁵⁶ STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 48 (traducción propia).

3. La unzulässige Tatprovokation

La figura de la *unzulässige Tatprovokation* (o *rechtsstaatswidrige Tatprovokation*) fue delimitada y fundamentada por la jurisprudencia alemana a principios de los años ochenta²⁵⁷. No obstante, su configuración inicial ha tenido que ser modificada en diversas ocasiones a raíz de la jurisprudencia del TEDH. A finales de los años noventa, la primera sentencia del TEDH sobre la provocación policial²⁵⁸ motivó una pequeña variación de los límites de esta construcción²⁵⁹. Más recientemente, la condena de Alemania ante el TEDH en un caso de *unzulässige Tatprovokation*²⁶⁰ hizo explícito el desacuerdo entre este tribunal y el BGH respecto a las *consecuencias* que debía comportar la apreciación de esta figura²⁶¹, forzando que este extremo también fuera modificado²⁶².

La delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* siempre ha sido especialmente difusa²⁶³. En gran parte ello se debe a la consecuencia jurídica que, al menos hasta fechas recientes, asignaba la jurisprudencia alemana a esta construcción. En efecto, en 1984 la 1ª Sala penal del BGH determinó que la apreciación de una *unzulässige Tatprovokation* simplemente debía comportar una rebaja de la pena²⁶⁴. De este modo, al situar el problema en el marco de la medición de la pena (“*Strafzumessungslösung*”), el BGH se sintió exonerado de trazar con claridad los límites de esta figura²⁶⁵. En su lugar, se conformó con identificar una serie de factores relevantes que debían ser objeto de una valoración

²⁵⁷ BGH, NJW 1980, 1761; NStZ 1981, 70; StV 1981, 163; NJW 1981, 1628; StV 1982, 364; NStZ 1984, 78. Finalmente, la BGHSt 32, 345, consolidó las bases de esta construcción jurisprudencial. Para un análisis detallado de todas estas sentencias vid. I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 4ª ed., VVF, München, 2004, págs. 4 ss; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel: die Problematik am Beispiel der Anstiftung eines agent provocateur zu einem untauglichen Versuch*, Diss., Frankfurt am Main, 1998, págs. 27 y ss.

²⁵⁸ STEDH caso *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998.

²⁵⁹ BGHSt 45, 321.

²⁶⁰ STEDH caso *Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014.

²⁶¹ Vid. RENZIKOWSKI, “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, cit., pág. 203; KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 147.

²⁶² BGH, NStZ 2016, 52. Sobre la relevancia de este sentencia, calificada por el juez del BGH Moosbacher como la resolución de derecho procesal alemana más importante de los últimos tiempos, vid. I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1359.

²⁶³ WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, Carl Heymanns, Berlin, 1995, pág. 199; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 37; MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis”, cit., pág. 762.

²⁶⁴ BGHSt 32, 345.

²⁶⁵ SOMMER, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, *StraFo*, núm. 5, 2000, pág. 152; KÖRNER, “Die Tatprovokation in Betäubungsmittelsachen”, *Kriminalistik*, núm. 2, 2002, pág. 451. En este sentido, KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?”, *StV*, 1999, pág. 290, indica que el tratamiento de la *unzulässige Tatprovokation* en sede de medición de la pena desactivó el debate acerca de cuándo y en qué circunstancias debía apreciarse esta figura.

conjunta según las particularidades del caso²⁶⁶. Como consecuencia de ello, la apreciación de la *unzulässige Tatprovokation* se hace depender de un proceso de ponderación judicial poco previsible, que ha dado lugar a una jurisprudencia extremadamente casuística²⁶⁷.

El BGH delimita la *unzulässige Tatprovokation* en dos pasos²⁶⁸. En primer lugar define el concepto de *Tatprovokation*. Dicho concepto no tiene relevancia en sí mismo, dado que una *Tatprovokation* puede ser admisible (“*zulässig*”) o inadmisibles (“*unzulässig*”) y solamente esta última tiene consecuencias jurídico-penales. Una vez se ha determinado que concurre *Tatprovokation*, el BGH fija dos criterios diferenciados para valorar su admisibilidad.

Según la jurisprudencia alemana, el concepto de *Tatprovokation* abarca todos aquellos casos en los que “*un agente encubierto (o un confidente dirigido por un funcionario público) influye de manera relevante sobre el autor, más allá de la mera participación, para despertar su disposición al delito o intensificar su planificación*”²⁶⁹. Así, por un lado, el ámbito de esta figura queda limitado a las intervenciones de agentes estatales o personas que actúen bajo sus instrucciones²⁷⁰. Por el otro, se requiere que la actuación de alguno de estos sujetos tenga un efecto relevante en la disposición delictiva de la persona a la que se dirigen²⁷¹. No basta, por tanto, con cualquier clase de incitación al delito²⁷². Así, por ejemplo, no se considera *Tatprovokation* abordar a un sujeto para preguntarle si puede conseguir alguna clase de sustancia estupefaciente²⁷³. En tanto que no se insista o se utilice algún método especialmente persuasivo para conseguir que el sujeto delinca, la

²⁶⁶ Críticamente SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, ZStW, núm. 95, 1983, pág. 833.

²⁶⁷ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 29; EIDAM, “Rechtsstatwidrige Tatprovokation“, StV, núm. 3, 2016, pág. 131.

²⁶⁸ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, en *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, pág. 424.

²⁶⁹ BGH, NStZ 2016, 52, párr. 24.

²⁷⁰ En este sentido, la BGHSt 45, 321, párr. 47, afirma que será atribuible al Estado toda incitación realizada por un confidente con el conocimiento de la policía. Solamente si esa incitación era imprevisible para la policía podrá desvincularse el Estado de ella. Vid. ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 425.

²⁷¹ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 424.

²⁷² En este sentido KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 144, señala que el concepto de *Tatprovokation* se aparta de la noción de inducción que se maneja en derecho penal material. También, TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pág. 30, afirma que a simple provocación de la resolución delictiva, en el sentido del § 26 StGB, no supone una *Tatprovokation*. Asimismo, LESCH, “Tatprovokation durch eine V-Person als Verstoß gegen Grundsatz des fairen Verfahrens“, JA, núm. 6, 2000, pág. 452.

²⁷³ BGHSt 45, 321, párr. 51. A continuación, en esta misma sentencia, se afirma que tampoco concurre *Tatprovokation* si la policía simplemente explota la disposición obvia del sujeto a cometer delitos.

intervención policial permanecerá en los márgenes de la *Tatprovokation*²⁷⁴. Por ello, esta clase de actuaciones nunca podrán ser calificadas de *unzulässige Tatprovokation* (pues no constituirán, ni siquiera, una *Tatprovokation*)²⁷⁵.

Superado este primer umbral de relevancia, podrá apreciarse una *unzulässige Tatprovokation* cuando: a) la *Tatprovokation* se dirija contra un sujeto no sospechoso; b) la *Tatprovokation* se dirija contra un sujeto sospechoso, pero tenga tanta importancia que desplace la aportación del autor a un segundo plano.

Así, en primer lugar, concurrirá una *unzulässige Tatprovokation* en los casos en que la incitación vaya dirigida contra un *sujeto no sospechoso de estar involucrado en un delito o de estar listo para cometerlo en el futuro*²⁷⁶. De este modo, todas aquellas *Tatprovokation* que recaen sobre sujetos elegidos al azar (“*auf gut Glück*”) serán consideradas inadmisibles²⁷⁷. Para ser admisible, la incitación deberá traer causa de sospechas fundadas. No obstante, adviértase que estas sospechas pueden ir referidas a un hecho ya cometido o a un *hecho futuro*²⁷⁸. Es decir, pueden apuntar a un delito ya consumado²⁷⁹ o a la posibilidad de que el sujeto incitado vaya a cometer uno²⁸⁰. En este sentido, el concepto de sospecha que maneja el BGH es idéntico al que usa el TEDH para delimitar la provocación policial²⁸¹.

De todos modos, la *Tatprovokation* dirigida a un sospechoso aun podrá ser considerada inadmisibile si la incitación “*ha alcanzado tal peso que la aportación del autor pasa a un*

²⁷⁴ SOMMER, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, cit., pág. 53; C. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pág. 79.

²⁷⁵ KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 144.

²⁷⁶ BGH, NSTZ 2016, 52, párr. 24, refiriéndose a los párrafos §§ 152. 2, 160 StPO para concretar el grado de sospechas exigible.

²⁷⁷ I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1365; MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis”, cit., pág. 763.

²⁷⁸ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 126.

²⁷⁹ C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28ª ed., C. H. Beck, München, 2014, pág. 305, ponen de manifiesto la paradoja de que el delito ya cometido al que se refiere la sospecha nunca coincidirá con el delito que constituye el objeto de la incitación por el cual el sujeto tendrá que responder.

²⁸⁰ Imprescindible la crítica al concepto de sospecha sobre un hecho futuro que efectúa GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 54.

²⁸¹ Lo cual no es casual. Tal y como señalan MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis”, cit., pág. 763, la sentencia en la que el BGH afirma por primera vez que toda *Tatprovokation* dirigida a un sujeto no sospechoso es inadmisibile (BGHSt 45, 321) constituye una reacción explícita a la STEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998. Sin embargo, resulta interesante constatar que, mientras para el BGH toda *Tatprovokation* sin sospechas es inadmisibile, en la construcción del TEDH la falta de sospechas no parece conducir automáticamente a apreciar la provocación policial. Vid. la interesante comparación entre los límites de estas dos figuras que efectúa I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1364.

*segundo plano*²⁸². Para determinar si esto es así, deberá recurrirse a la valoración conjunta (“*Gesamtwürdigung*”) de “*la base y el alcance de la sospecha existente contra el sujeto, la forma, intensidad y finalidad de la influencia, así como la disposición al hecho del sujeto y sus actividades propias no controladas*”²⁸³. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, el tribunal deberá decidir la incitación ha tenido un sobrepeso injustificable (“*unvertretbar Übergewichtig*”)²⁸⁴. De esta forma, los distintos criterios enunciados interactúan entre sí en el marco de la valoración conjunta que debe resolver si concurre *unzulässige Tatprovokation*²⁸⁵. En especial, el grado de sospecha y la intensidad de la incitación parecen ser los elementos clave de la ponderación²⁸⁶. Así, “*cuanto más fuerte sea la sospecha, más persistente podrá ser la estimulación antes de que se alcance el umbral*” de la *unzulässige Tatprovokation*²⁸⁷. Aunque la policía disponga de importantes sospechas, una influencia excepcionalmente prolongada en el tiempo, o un incentivo particularmente elevado, pueden hacer que se estime la *unzulässige Tatprovokation*²⁸⁸. De mismo modo, la falta de correspondencia entre las sospechas disponibles y la clase de delito que finalmente se favorece también puede determinar su apreciación²⁸⁹. En todo caso, el margen de discrecionalidad judicial es enorme y, por ello, no es de extrañar que la jurisprudencia sea muy poco constante a la hora de resolver supuestos que tienen características similares²⁹⁰.

²⁸² BGHSt 45, 321, párr. 11.

²⁸³ BGHSt 32, 345, párr. 6. Este mismo párrafo puede encontrarse en la pionera BGH, NJW 1980, 1761, y se repite sistemáticamente en todas las sentencias del BGH sobre *unzulässige Tatprovokation*. La aportación de la BGHSt 32, 345, consiste básicamente en explicitar que no se trata de criterios individuales que deban ser valorados por separado, sino que deben ser ponderados conjuntamente para determinar si la incitación ha tenido el suficiente peso como para relegar la aportación del autor a un segundo plano. Vid. I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 5; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 123.

²⁸⁴ BGH, NSZ 2016, 52, párr. 24. En este sentido I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 29, denomina a esta delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* como “teoría del peso excesivo” (“*Übergewichtstheorie*”).

²⁸⁵ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 122.

²⁸⁶ KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 144; I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1365.

²⁸⁷ BGHSt 47, 44, párr. 8.

²⁸⁸ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation”, cit., pág. 424; C. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 82. KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 145, añade como ejemplos el acoso intenso, la mendicidad, la súplica, la amenaza o el chantaje.

²⁸⁹ BGHSt 47, 44, párr. 10. MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis”, cit., pág. 763, sintetizan muy bien los tres grupos de supuestos en los que, en la práctica, puede apreciarse *unzulässige Tatprovokation*: a) incitaciones dirigidas a no sospechosos; b) incitaciones dirigidas a sospechosos llevando a cabo una influencia totalmente desproporcionada (ellos ponen como ejemplo una amenaza de muerte); c) incitaciones dirigidas a un hecho cualitativamente diferente al que el sujeto estaba dispuesto (poniendo como ejemplo alguien dispuesto a traficar con drogas blandas que es convencido para hacerlo con drogas duras).

²⁹⁰ RENZIKOWSKI, “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, cit., pág. 201. Además, tal y como indica TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 122, los criterios de

Originalmente la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* se regía exclusivamente por este último criterio. Es decir, se determinaba si concurría *unzulässige Tatprovokation* o no valorando directamente si la incitación policial tenía tanto peso como para desplazar la aportación del autor a un segundo plano²⁹¹. Ni se diferenciaba entre *Tatprovokation* y *unzulässige Tatprovokation*²⁹², ni la ausencia de sospechas determinaba *per se* la estimación de esta figura. Ambas consideraciones fueron introducidas por el BGH en el año 1999 como reacción a la jurisprudencia del TEDH²⁹³. En este sentido, el criterio de las sospechas es una importación directa de la construcción del TEDH²⁹⁴. La confusa distinción entre *Tatprovokation* y *unzulässige Tatprovokation* surge precisamente como consecuencia de su asunción, para evitar que cualquier incitación dirigida a un no sospechoso constituya una *unzulässige Tatprovokation*²⁹⁵.

El fundamento de la *unzulässige Tatprovokation* tampoco resulta especialmente claro. El BGH ha sustentado su construcción sobre el respeto debido a la dignidad humana, el principio de Estado de derecho (“*Rechtsstaatsprinzip*”) y, últimamente, sobre el derecho al juicio equitativo.

En sus primeras sentencias sobre este asunto, el BGH sostuvo que la *unzulässige Tatprovokation* degrada al sujeto inducido “*a un mero objeto de la acción estatal*”²⁹⁶. De esta forma, el tribunal alemán asumía la postura que FRANZHEIM había defendido algunos años antes, según la cual la provocación de un delito por parte de los órganos encargados de la persecución penal supone una vulneración de la dignidad humana²⁹⁷. Así, la jurisprudencia llegó a afirmar expresamente que esta figura “*representa una violación de la dignidad humana garantizada por el art. 1.1 de la Constitución*”²⁹⁸. Esta fundamentación de la *unzulässige Tatprovokation* está basada en la máxima ética de KANT de no tratar a las personas como medios, sino como fines en sí mismos²⁹⁹. El

ponderación son tan estrictos que no es de extrañar la jurisprudencia solo haya estimado *unzulässige Tatprovokation* en muy pocos casos.

²⁹¹ BGHSt 32, 345.

²⁹² Tal y como indica SOMMER, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, cit., pág. 53, el BGH se había centrado en diferenciar entre *unzulässige Tatprovokation* y *zulässige Tatprovokation*, pero no había tratado de establecer una delimitación previa del concepto de *Tatprovokation*.

²⁹³ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 125.

²⁹⁴ KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 144.

²⁹⁵ SOMMER, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, cit., pág. 53, sugiere que el BGH pretendía con ello legitimar las prácticas policiales en discotecas dirigidas a perseguir el tráfico de drogas (preguntar a un sujeto en ese entorno si puede conseguir alguna clase de sustancia estupefaciente).

²⁹⁶ BGH, NJW 1980, 176; NStZ 1981, 70.

²⁹⁷ FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern”, cit., pág. 2015.

²⁹⁸ AG Heidenheim, NJW 1981, 1628.

²⁹⁹ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1797, trad. CORTINA ORTS/CONILL SANCHO, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 299: “*el hombre, considerado como persona, es decir como sujeto de una razón*”

Estado, mediante sus agentes, estaría instrumentalizando al sujeto al que incita para después castigarlo³⁰⁰. De este modo, al degradarlo a un simple medio para los propósitos estatales, no estaría respetando su dignidad como ser humano³⁰¹.

Este argumento, sin embargo, desapareció de las resoluciones del BGH al poco tiempo³⁰². Probablemente, fundamentar la *unzulässige Tatprovokation* en la dignidad humana era poco compatible con delimitar esta figura a partir de un proceso de ponderación (¿acaso la dignidad puede ser ponderada?)³⁰³ y, además, asignarle como consecuencia una simple reducción de la pena. En todo caso, el argumento de la dignidad resulta demasiado indeterminado³⁰⁴. La máxima kantiana de “no instrumentalización” tiene muy poco potencial para explicar los límites de la *unzulässige Tatprovokation*³⁰⁵. ¿Por qué una incitación policial dirigida a un sospechoso no vulnera su dignidad? ¿Por qué el sujeto incitado solo resulta instrumentalizado cuando la instigación policial tiene un sobrepeso injustificable? En este sentido, el argumento de la dignidad tiene los mismos déficits explicativos que el fundamento del juicio equitativo del TEDH.

práctico-moral está situado por encima de todo precio; porque como (homo noumenon) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto) gracias a la cual infunde respeto hacia él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad”.

³⁰⁰ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 44.

³⁰¹ KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR“, cit., pág. 290.

³⁰² En la BGHSt 32, 345, ya no puede encontrarse referencia alguna al mismo.

³⁰³ En la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* del BGH se ponderan, principalmente, las sospechas que tuviera la policía y el nivel de influencia ejercido mediante la incitación. A mayor grado de sospechas, más nivel de incitación resulta permitido. Pues bien, desde mi punto de vista, esta clase de ponderación es incompatible con fundamentar la *unzulässige Tatprovokation* en la dignidad. Por un lado, el umbral de la dignidad no puede quedar determinado por el nivel de sospechas que tuviera la policía. Por el otro, dichas sospechas nunca podrían justificar un atentado a la dignidad del individuo. La dignidad es un valor absoluto que no puede ser limitado por razones de utilidad social. Las necesidades de investigar y perseguir eficazmente la delincuencia no pueden ponderarse con la dignidad. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 85; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 41. Tal y como indica GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 60, la dignidad del artículo 1.1 de la *Grundgesetz* establece “una prohibición absoluta de vulneración, no es un bien jurídico que pueda colisionar con otros, no está sometido a límites y está exento de ponderaciones con otros derechos aunque tengan también rango constitucional”. A pesar de ello, el BVerfG ha llegado a admitir *obiter dicta* esta clase de ponderaciones entre, por un lado, las necesidades de una administración de justicia penal eficaz (“*Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege*“) y, por el otro, la dignidad del sujeto que resulta incitado (BVerfG, StV 1985, 177). Vid. al respecto BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, Diss., Mainz, 1987, pág. 87.

³⁰⁴ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 41.

³⁰⁵ PUPPE, “Verführung als Sonderopfer“, NStZ, 1986, pág. 405, indica que con este fundamento debería ser indiferente la disposición al delito del sujeto incitado, así como los medios utilizados para inducirlo. En tanto que la incitación se realizase mediante un engaño ya se estaría instrumentalizando al sujeto y, por tanto, atentando contra su dignidad.

Precisamente, este último argumento también se incorpora a partir de 1999 a la fundamentación de la *unzulässige Tatprovokation* del BGH³⁰⁶. En este sentido, el tribunal alemán admite expresamente que la *unzulässige Tatprovokation* vulnera el derecho al juicio equitativo garantizado en el art. 6.1 del CEDH³⁰⁷. Sin embargo, más allá de aludir a la jurisprudencia del TEDH, el BGH no ofrece explicación alguna de por qué se produce dicha vulneración. Por ello, al igual que ocurría con la construcción del TEDH, la fundamentación de la *unzulässige Tatprovokation* basada en el juicio equitativo tampoco puede explicar satisfactoriamente los límites de esta figura³⁰⁸.

Por último, la jurisprudencia alemana ha fundado la *unzulässige Tatprovokation* en el principio del Estado de Derecho (“*Rechtsstaatsprinzip*”). Así, el BGH ha afirmado que “*el principio del Estado de Derecho inherente a la Ley Fundamental y al Código de procedimiento penal prohíbe que las autoridades policiales intenten convencer de la perpetración de un delito cuando las razones derivadas de este principio no lo permitan*”³⁰⁹. De este modo, la *unzulässige Tatprovokation* se sustentaría en la vinculación de las autoridades al principio del Estado de Derecho. La policía solo podría incitar legítimamente al delito cuando su actuación estuviera amparada por razones derivadas de este principio³¹⁰. En consecuencia, la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* vendría dada por la ausencia de dichas razones.

¿Qué razones derivadas del principio del Estado de Derecho podrían amparar una incitación policial? Pues bien, el BGH deriva del principio del Estado de Derecho la misión de perseguir de forma eficaz la criminalidad³¹¹. Por ello, estima que son admisibles las incitaciones policiales dirigidas a “*combatir la criminalidad especialmente peligrosa y de difícil detección*”³¹². Respecto a la *criminalidad especialmente peligrosa*, el BGH considera que la “*admisibilidad de la provocación (...) se basa en la peligrosidad de las*

³⁰⁶ BGHSt 45, 321, párr. 46.

³⁰⁷ C. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 78.

³⁰⁸ El argumento del juicio justo presenta problemas similares al de la dignidad para fundamentar la *unzulässige Tatprovokation*. Tal y como indica RENZIKOWSKI, “*Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?*”, cit., pág. 208, el derecho a un juicio justo no puede ser relativizado mediante su ponderación con otros intereses (por ejemplo, la necesidad de perseguir eficazmente la delincuencia). Por ello, la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* a partir de un proceso de ponderación resulta poco compatible con una fundamentación basada en este derecho.

³⁰⁹ BGH, NJW 1980, 1761, párr. 4. También, BGH, NStZ 1981, 70. En términos parecidos, pero no idénticos BGHSt 32, 345, párr. 11. FISCHER/MAUL, “*Tatprovokation als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme*”, NStZ, núm. 1, 1992, pág. 9, consideran que el párrafo transcrito es directamente tautológico. Similar, M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 38.

³¹⁰ MEYER/WOHLERS, “*Tatprovokation quo vadis?*”, cit., pág. 762.

³¹¹ BGHSt 47, 44, párr. 11. Vid. también RENZIKOWSKI, “*Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?*”, cit., pág. 207.

³¹² BGHSt 32, 345, párr. 4; BGHSt 45, 321, párr. 9.

personas que son tentadas y la necesidad de prevenir futuros delitos que emanen de ellas”³¹³. De este modo, más que referirse a la “criminalidad peligrosa” parece estar aludiendo a los “criminales peligrosos”³¹⁴. Parecería, por tanto, que el principio del Estado de Derecho ampara las incitaciones policiales tendentes a detectar y anular la peligrosidad de ciertos individuos³¹⁵. Por otro lado, respecto a la *criminalidad de difícil detección*, el BGH hace referencia expresa a la realidad criminológica del tráfico de drogas y a los retos que plantea su persecución eficaz³¹⁶. En base a dichas dificultades, sostiene que el Estado no puede negar el recurso a las incitaciones policiales en este ámbito “*porque, de lo contrario, un amplio campo del crimen -especialmente el del tráfico de drogas a gran escala- permanecería en gran parte sin resolver y las estructuras criminales podrían desarrollarse sin ser importunadas*”³¹⁷. En este contexto, el recurso a la *Tatprovokation* sería necesario y, por tanto, admisible³¹⁸. El principio del Estado de Derecho también daría cobertura a las incitaciones policiales dirigidas a combatir esta clase de criminalidad.

³¹³ BGHSt 45, 321, párr. 49.

³¹⁴ Lo cual ya fue advertido en su día por DENCKER, “Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“, en *Festschrift für Hanns Dünnebier*, Walter de Gruyter, Berlin, 1982, pág. 457.

³¹⁵ Críticamente, GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 55.

³¹⁶ BGHSt 47, 44, párr. 11.

³¹⁷ BGHSt 47, 44, párr. 11. A pesar de la referencia del BGH al tráfico de drogas a gran escala y la criminalidad organizada, lo cierto es que en la práctica las incitaciones policiales en este ámbito se dirigen casi exclusivamente a perseguir la pequeña criminalidad. En especial, los últimos eslabones de la cadena del tráfico de estupefacientes. En este sentido PUPPE, “Verführung als Sonderopfer“, NStZ, núm. 9, 1986, pág. 404; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 103; KREUZER, “Die Lockspitzelfälle”, en *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2003, pág. 234; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 29.

³¹⁸ BGHSt 32, 345, párr. 4. Crítico DENCKER, “Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“, en *Festschrift für Hanns Dünnebier*, cit., pág. 454, respecto a la posibilidad de legitimar esta clase de actuaciones por consideraciones de “necesidad“. Según este autor, la jurisprudencia del BGH estaría amparando esta clase de incitaciones policiales —aun sin explicitarlo— en base a una aplicación desmesurada del § 34 StGB como norma de autorización en proceso penal. Tal y como indica GUARIGLIA, “El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, JPD, núm. 23, 1994, pág. 49, aunque las normas de autorización procesales pueden operar como causas de justificación, el empleo de una causa de justificación (§ 34 StGB) como norma de autorización procesal resulta inadmisibile: “*El § 34 StGB sólo puede tener relevancia en cuanto a la determinación de la antijuridicidad de la conducta individual del agente policial que, durante su actuación encubierta, comete un hecho típico. Nada dice —ni puede decir— en cuanto a la admisibilidad procesal de su actuación, tarea privativa de las normas de procedimiento (...) Es claro que la relación inversa conduce a otro resultado: la norma procesal que autoriza, por ejemplo, un ataque directo en la esfera de derechos de los ciudadanos, opera como norma de permiso (causa de justificación), y, por consiguiente, neutraliza la eventual infracción a una norma de deber descrita en el tipo*”. Similar, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 128. De todos modos, resulta harto cuestionable que en las incitaciones estatales a las que se refiere el BGH concurre una situación de estado de necesidad. Vid. SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 811.

Adviértase que este argumento no es capaz de fundamentar el contenido de la *unzulässige Tatprovokation*. Es decir, no puede contestar a la pregunta de por qué son inadmisibles determinadas incitaciones policiales. En su lugar, el argumento del *Rechstaatsprinzip* únicamente intenta explicar por qué algunas incitaciones policiales resultan admisibles. En concreto, trata de justificarlas a partir de la necesidad de perseguir de manera eficaz la delincuencia. No obstante, esa justificación presupone que las incitaciones policiales son censurables. De lo contrario no habría nada que justificar. La pregunta que surge inmediatamente es ¿por qué las incitaciones policiales son censurables?, o mejor, ¿por qué las incitaciones policiales necesitan justificación? En sus propios términos: si la *unzulässige Tatprovokation* es simplemente aquella *Tatprovokation* que no está justificada ¿por qué la *Tatprovokation* necesita justificación?³¹⁹

La única respuesta a estas preguntas que podría derivarse del argumento del *Rechstaatsprinzip* sería: en tanto que los poderes públicos están vinculados al principio del Estado de Derecho, todas sus actuaciones, incluida la *Tatprovokation*, deben regirse por dicho principio. De este modo, la *Tatprovokation* necesitaría justificación, simplemente, por ser una actuación propia de los poderes públicos. Sin embargo, si esto es así, no se alcanza a comprender por qué solamente se exige una sospecha previa cuando concurre *Tatprovokation*. Esto es, cuando se “*influye de manera relevante sobre el autor, más allá de la mera participación, para despertar su disposición al delito o intensificar su planificación*”³²⁰. ¿Acaso una influencia policial que no alcance ese umbral de relevancia no constituye una actuación propia de los poderes públicos? ¿Por qué esta clase de actuaciones no requieren el mismo nivel de justificación que aquellas que constituyen *Tatprovokation*? Si el concepto de *Tatprovokation* tiene relevancia en la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation*, su contenido debería poder fundamentarse de algún modo, más allá de afirmar que constituye una actuación propia de los poderes públicos³²¹.

Además, por otro lado, la justificación que realiza el BGH de las incitaciones policiales dirigidas a combatir “*la criminalidad especialmente peligrosa y de difícil detección*”³²² está huérfana de cualquier base legal³²³. La misión de perseguir de forma eficaz la criminalidad,

³¹⁹ Adviértase que la respuesta a esta pregunta no podría ser, en ningún caso, que la *Tatprovokation* necesita justificación porque viola la dignidad del sujeto incitado. Como ya se ha indicado anteriormente, la dignidad es un valor absoluto y, por ello, su vulneración no puede quedar justificada por otros intereses.

³²⁰ BGH, NStZ 2016, 52, párr. 24. Recordemos que para el BGH no constituye *Tatprovokation* cualquier clase de incitación al delito realizada por un policía.

³²¹ Tal y como indica KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pág. 28, cuando la jurisprudencia alemana recurre al argumento del *Rechstaatsprinzip* parece estar llevando a cabo una ponderación propia del principio de proporcionalidad. Sin embargo, habitualmente esta clase de ponderaciones presuponen la restricción de algún derecho. Aquí, en cambio, no se identifica ningún derecho del sujeto incitado que resulte afectado y, por ello, no se aclaran cuáles son los términos de la ponderación.

³²² BGHSt 32, 345, párr. 4; BGHSt 45, 321, párr. 9.

³²³ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Diss., Bonn, 2006, pág. 72;

que el BVerfG deriva del principio de Estado de Derecho³²⁴, no constituye ninguna habilitación legal que pueda justificar la actuación de la policía³²⁵. Las necesidades de una administración de justicia penal eficaz (“*Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege*“) pueden tenerse en cuenta en los procesos de ponderación —propios del principio de proporcionalidad— que determinan la admisibilidad (o no) de una concreta medida *legalmente prevista*, pero no pueden alzarse, en sí mismas, como fundamento de una intervención estatal³²⁶. En otras palabras, las necesidades de perseguir eficazmente la delincuencia solo pueden justificar las actuaciones estatales previstas por la Ley³²⁷. Por tanto, las incitaciones policiales solo podrían quedar justificadas en base a una eventual autorización legal que, sin embargo, el BGH no menciona en ningún momento³²⁸.

En todo caso, el principal foco de discusión de la jurisprudencia alemana sobre la *unzulässige Tatprovokation* ha sido el de sus consecuencias³²⁹. A principios de los años 80, el BGH llegó a sostener hasta cuatro posturas diferentes acerca de qué consecuencias jurídicas debía comportar la apreciación de esta figura. Así, el tribunal alemán defendió por entonces que la *unzulässige Tatprovokation* debía comportar: a) un impedimento procesal (“*Verfahrenshindernis*”); b) la pérdida del derecho estatal a castigar (“*Verwirkung des staatlichen Strafanspruch*”); c) una causa de exclusión de la pena (“*Strafausschließungsgrund*”); y finalmente d) la simple mitigación de la pena (“*Strafzumessungslösung*”).

³²⁴ BVerfGE 33, 367. En este sentido, BRAUM, “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario“, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pág. 13, indica que la capacidad funcional de la administración de justicia penal (“*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*“) se ha entendido “*como consecuencia del principio de Estado de Derecho, situándola así en régimen de paridad junto a los principios derivados del modelo clásico de Estado de Derecho*“. Sin embargo, tal y como señala el propio BRAUM, esto supone que “*el Estado y su instrumentalario de normas pasan a ser valores aptos para el discurso. Se han hecho así compatibles con la idea de Estado de derecho la posibilidad de oponer al poder del Estado sancionador frente a la libertad de sus ciudadanos entendida como valor ponderable y el permitir que dicha libertad cuando sea necesario se vea menospreciada para mantener la estabilidad del Estado. El concepto de aptitud funcional de la administración de justicia se impone así a la vaguedad e indetereminación de la idea misma de Estado de Derecho*“. Más ampliamente, sobre el concepto de capacidad funcional de la administración de justicia penal vid. HASSEMER, “Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege - ein neuer Rechtsbegriff?“ StV, núm. 5, 1982, pág. 276.

³²⁵ M. SCHMIDT, *Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 40.

³²⁶ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 128; WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., pág. 206; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 40.

³²⁷ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 120. QUERALT JIMÉNEZ, “Necesidad, legalidad y oportunidad (A propósito de la cobertura de la injerencia policial)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pág. 139, expresa esta idea con especial claridad “*la necesidad, sin Ley en la que basarse, es decir, como única fuente de habilitación, es incasable con nuestro ordenamiento jurídico*”.

³²⁸ M. SCHMIDT, *Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 28; WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., pág. 206.

³²⁹ WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., pág. 198.

Podría parecer que la discusión del BGH sobre las consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation* es, en realidad, una discusión sobre sus fundamentos. Sin embargo, esto solo es parcialmente cierto. Todas las posturas que llega a asumir el BGH sobre las consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation* parten de la misma delimitación de esta figura. Es decir, toman como premisa los mismos límites y, a partir de estos, tratan de argumentar cuál debe ser la consecuencia jurídica que debe derivarse de ellos. En este plano, la pregunta que se plantea es ¿qué consecuencias debe comportar la apreciación de una *unzulässige Tatprovokation*? Obviamente, esta pregunta presupone una determinada definición de *unzulässige Tatprovokation* y, por tanto, no fundamenta su contenido. En este sentido, los argumentos que ahora veremos no constituyen fundamentos de la *unzulässige Tatprovokation* porque no explican sus límites³³⁰.

La 2ª Sala penal del BGH se posicionó en primer lugar, señalando que la *unzulässige Tatprovokation* debía conllevar un impedimento procesal (*Verfahrenshindernis*)³³¹. Desde su punto de vista, el comportamiento *contradictorio y malicioso* del Estado debería comportar una prohibición de enjuiciamiento limitada al infractor instigado, que produciría los efectos de un impedimento procesal apreciable de oficio³³².

Esta postura fue posteriormente descartada en base a cuatro argumentos³³³. En primer lugar, se adujo que una vulneración del principio del Estado de Derecho no debe comportar obligatoriamente un impedimento procesal³³⁴. En este sentido, se alegó que otras vulneraciones de este principio no conducían a esa misma consecuencia³³⁵. Así, por

³³⁰En este sentido, resulta interesante llevar a cabo un pequeño examen cronológico de las primeras sentencias del BGH sobre este tema. En BGH NJW 1980, 1761; StV 1981, 163, ya pueden encontrarse definidos los límites de la *unzulässige Tatprovokation*. En estas sentencias ya se hace alusión a todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta para valorar si concurre esta figura o no (la base y el alcance de la sospecha, la intensidad y finalidad de la influencia, etc.) e incluso se alude al principio del Estado de Derecho y al interés en la persecución de hechos penales graves y peligrosos. Sin embargo, en estas resoluciones no se concreta cuál debería ser la consecuencia derivada de apreciar una *unzulässige Tatprovokation*. Simplemente se afirma que su concurrencia podría afectar al proceso penal, pero sin precisar cómo. Vid. ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 425. Pues bien, toda la discusión jurisprudencial posterior acerca de qué consecuencias debería comportar la *unzulässige Tatprovokation* toma como punto de partida esa misma delimitación. De este modo, incluso en el plano cronológico, se hace evidente que la pregunta de ¿cuándo concurre *unzulässige Tatprovokation*?, es independiente de la cuestión acerca de ¿qué consecuencias deben derivarse de la *unzulässige Tatprovokation*?

³³¹ BGH, NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 126.

³³² BGH, NJW 1981, 1626, párr. 8.

³³³ Aunque en 1984 esta posición fue expresamente descartada por el BGH (BGHSt 32, 345) unos años después el BVerfG admitió que en algunos casos extremos de *unzulässige Tatprovokation* podría llegar a apreciarse un impedimento procesal de estas características (BVerfG, NJW 1986, 1427). Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán nunca llegó a estimar un caso así y, por tanto, no delimitó cuales deberían ser sus contornos. Vid. KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR“, cit., pág. 291; ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 434; MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis“, cit., pág. 764.

³³⁴ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 434.

³³⁵ BGHSt 32, 345, párr. 18.

ejemplo, la violación del derecho al juez natural, o del derecho a ser oído en juicio, no implica necesariamente la apreciación de un obstáculo procesal, sino que supone simplemente un defecto de procedimiento (“*Verfahrensmangel*”)³³⁶. Por otro lado, se afirmó que los impedimentos procesales suelen estar vinculados a “hechos”³³⁷. En tanto que la estimación de una *unzulässige Tatprovokation* depende de un proceso de ponderación de múltiples circunstancias (sospechas, nivel de influencia, etc.) su consideración como obstáculo procesal difuminaría los contornos de esta categoría³³⁸. También se argumentó que esta solución impediría apreciar todos los matices del caso³³⁹, precipitando al tribunal a tomar una decisión de “todo o nada”³⁴⁰. Por último, se criticó que la estimación de un obstáculo procesal ante una *unzulässige Tatprovokation* desconsideraría la protección de terceros no involucrados en el hecho³⁴¹. Las consecuencias que ello comportaría en casos en que se lesionaran bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, etc.) serían inadmisibles³⁴².

El segundo posicionamiento explícito sobre las consecuencias que debía comportar la *unzulässige Tatprovokation* lo efectuó la 4ª Sala penal del BGH³⁴³. Desde su punto de vista, esta figura debería conllevar la pérdida del derecho estatal a castigar (“*Verwirkung des staatlichen Strafanspruch*”). El argumento correría por los siguientes derroteros: en los casos de *unzulässige Tatprovokation* el Estado perdería su derecho al castigo por haber sido adquirido mediante un comportamiento contradictorio y contrario a las reglas de la buena fe. En tanto que el derecho al castigo (el delito) traería causa de un acto desleal (la incitación policial) el Estado infringiría el principio *venire contra factum* al ejercerlo³⁴⁴. El Estado estaría cometiendo abuso de derecho al sacar provecho de su propia malicia

³³⁶ BGHSt 32, 345, párr. 18.

³³⁷ BGHSt 32, 345, párr. 19.

³³⁸ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 435. Obviamente este argumento pende de la premisa del BGH de que la *unzulässige Tatprovokation* se delimita mediante un proceso de ponderación.

³³⁹ BGHSt 45, 321, párr. 41.

³⁴⁰ MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis“, cit., pág. 764.

³⁴¹ BGHSt 45, 321, párr. 42.

³⁴² Esta última crítica deriva del hecho de que la *unzulässige Tatprovokation* no tiene un requisito expreso equivalente al elemento material del delito provocado. Es decir, que no se excluye su apreciación en aquellos casos en los que se lesiona efectivamente el bien jurídico. Vid. al respecto de esta crítica C. ROXIN, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99“, cit., pág. 370.

³⁴³ BGH, NStZ 1981, 70.

³⁴⁴ Vid. SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 823. Adviértase las evidentes similitudes que guarda este razonamiento con el argumento de la legitimidad del delito provocado. En este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 145.

anterior. El principio de buena fe impediría que en estos casos el sujeto incitado pudiera ser castigado³⁴⁵.

Tres argumentos se alzaron en contra de esta postura. En primer lugar, fue censurada por fundamentarse en una categoría propia del Derecho civil que no puede ser trasladada sin más al Derecho penal³⁴⁶. Su importación al ámbito de la protección de bienes jurídicos no resulta admisible, pues dicha protección no es para el Estado una posición jurídica favorable que pueda ser objeto de pérdida, sino un deber o una función que debe cumplir³⁴⁷. El Estado puede perder sus derechos, pero no sus deberes³⁴⁸. Por ello, no puede dejar de proteger los bienes jurídicos a causa de su comportamiento anterior. En segundo lugar, se advirtió que el principio *venire contra factum* se basa en la protección de la confianza que generan ciertos actos y, en la *unzulässige Tatprovokation*, el policía que lleva a cabo la incitación no se presenta a sí mismo como un representante del Estado, así que en ningún caso puede generar una confianza legítima en que posteriormente no se procederá al castigo³⁴⁹. En tercer lugar, al igual que con la postura del impedimento procesal, se criticaron las inaceptables implicaciones que comportaría admitir que el Estado no tiene derecho a castigar aquellos delitos de homicidio o robo consumados que han incitado sus agentes³⁵⁰.

³⁴⁵ En concreto, comportaría su "no perseguibilidad" ("*Unverfolgbarkeit*"). Vid. BGH, StV 1981, 276, párr. 1. De todos modos, adviértase que la idea de la pérdida del derecho juicio equitativo a castigar no queda plasmada en una categoría sistemática concreta. Críticamente LÜDERSEN, "Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?" en *V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, pág. 27. En este sentido, la "*Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*" parece más un fundamento de la *unzulässige Tatprovokation*, que un posicionamiento acerca de las consecuencias que debe comportar.

³⁴⁶ ZIESCHANG, "Polizeiliche Tatprovokation", cit., pág. 430.

³⁴⁷ SEELMAN, "Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", cit., pág. 825. Citado por la propia BGHSt 32, 345, párr. 23. Según este autor, la idea de la pérdida de derechos solo resulta aplicable en el ámbito de la competencia individual de acción.

³⁴⁸ PUPPE, "Verführung als Sonderopfer", cit., pág. 405. En este sentido, SEELMAN, "Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", cit., pág. 825, afirma que, al igual que un bombero que ha provocado un incendio no podría ampararse en ello para dejar de cumplir su deber de apagarlo, el Estado no puede dispensarse de su misión de proteger bienes jurídicos por su comportamiento erróneo precedente.

³⁴⁹ BGHSt 32, 345, párr. 24. Tal y como indica ZIESCHANG, "Polizeiliche Tatprovokation", cit., pág. 431, el presupuesto de la pérdida de un derecho (por abuso del mismo) es que la contraparte pueda creer de manera justificada que este no va a ser ejercido. En tanto que el policía que lleva a cabo la *unzulässige Tatprovokation* no se identifica como tal, el sujeto incitado no puede creer de manera justificada que el Estado no ejercerá posteriormente su derecho al castigo. Al menos, no puede creerlo en base a la identidad del sujeto que le ha incitado, pues desconoce que se trata de un policía (o de una persona que actúa bajo sus instrucciones). Otra cosa sería afirmar que dicho sujeto puede tener la confianza (general) de que los agentes del Estado no realizarán incitaciones al delito y, por ello, que en caso de ser incitado por uno de ellos (aun sin saberlo) no será castigado. Tal y como señala PUPPE, "Verführung als Sonderopfer", cit., pág. 405, esa clase de confianza sería infundada y no merecería ninguna protección por parte del ordenamiento jurídico.

³⁵⁰ FOTH, "Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?", NJW, 1984, pág. 222. Citado por la propia BGHSt 32, 345, párr. 23.

Otra posible consecuencia de la *unzulässige Tatprovokation* fue propuesta *obiter dicta* por la 5ª Sala penal del BGH³⁵¹. En esta ocasión, el BGH sugirió que la solución más adecuada para la *unzulässige Tatprovokation* no sería un impedimento procesal, sino una causa de exclusión de la pena (“*Strafausschließungsgrund*”) derivada del principio del Estado de Derecho. De este modo, se ubicó por primera vez esta figura en el ámbito del Derecho penal material.

El argumento que posteriormente se empleó para desechar esta solución fue muy llamativo. Dejando de lado los problemas de fundamentación dogmática de una causa de exclusión de la pena supralegal³⁵², se adujo que su reconocimiento comportaría una contradicción irresoluble con las reglas legales aplicables a situaciones similares³⁵³. En concreto, con la solución jurídico-penal aplicable a los soldados y funcionarios estatales que cometen un delito por orden de un superior. Salvo que concurra un error, en estos casos los funcionarios no quedan exonerados de responsabilidad penal, por mucho que el delito cometido traiga causa de una “inducción estatal”³⁵⁴. Según el BGH, si en estos casos no se aprecia ninguna causa de exclusión de la pena para el funcionario que ha cumplido una orden delictiva, tampoco debería apreciarse en los casos de *unzulässige Tatprovokation*³⁵⁵.

La comparación que efectúa el BGH entre los delitos cometidos por funcionarios a causa de una orden (antijurídica) y la *unzulässige Tatprovokation* no resulta nada convincente. Aunque en ambos casos se lleva a cabo un delito “inducido por un agente estatal” existen dos diferencias estructurales muy importantes entre un supuesto y el otro. En primer lugar, en la *unzulässige Tatprovokation* la “inducción estatal” al delito se lleva a cabo con el propósito de que el sujeto incitado sea castigado. Ese momento intencional no existe en el caso de los funcionarios que cometen un delito por orden de un superior³⁵⁶. En este último caso, el comportamiento del Estado no resulta *contradictorio y malicioso*, pues el superior que emite la orden antijurídica no pretende obtener con ello el castigo de su subordinado. En segundo lugar, la orden de cometer un delito es, en todo caso, antijurídica. Esto supone que el funcionario que la emite será penalmente responsable, como mínimo, como inductor del delito ordenado. En cambio, en la *unzulässige Tatprovokation* esto no tiene por qué ser

³⁵¹ BGH, StV 1984, 58.

³⁵² Críticamente con esta posibilidad ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 429, por considerar que las causas de exclusión de la pena no se rigen por ningún principio general y, por tanto, solo pueden derivarse de la Ley. En cambio, I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1372 se muestra favorable a la posibilidad de deducir una causa de exclusión de la pena del principio del Estado de Derecho

³⁵³ BGHSt 32, 345, párr. 25.

³⁵⁴ BGHSt 32, 345, párr. 26.

³⁵⁵ ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 428.

³⁵⁶ TASCHKE, “Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?“, StV, núm. 4, 1984, pág. 178.

así. Es más, lo habitual será que el policía que lleva a cabo la incitación no responda penalmente³⁵⁷.

En el fondo de esta comparación, late el mismo razonamiento que el BGH ya había empleado para descartar el impedimento procesal o la pérdida del derecho estatal a castigar: la impunidad del sujeto incitado resulta inadmisibles cuando se consuma un delito contra la vida o integridad física de un tercero³⁵⁸. Al igual que no admitiríamos que un funcionario que lesiona o mata (antijurídicamente) por orden de un superior quedara impune, tampoco debería absolverse a un ciudadano que hace lo propio a causa de una “inducción estatal”.

Finalmente, la 1ª Sala penal del BGH en 1984 puso fin a la discusión sobre las consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation* con la “solución de la medición de la pena” (“*Strafzumessungslösung*”)³⁵⁹. De esta manera, el BGH determinó que la *unzulässige Tatprovokation* debía comportar una disminución de la pena independiente de la culpabilidad del sujeto incitado³⁶⁰. La “sanción” por exceder los límites que impone el principio del Estado de Derecho a las incitaciones policiales sería, por tanto, la simple atenuación de la pena³⁶¹. Con esta solución se evitarían los inconvenientes de las posiciones anteriores y, sobre todo, se otorgaría una mayor flexibilidad al juez para poder tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes³⁶².

A pesar de que la *Strafzumessungslösung* nunca recibió un gran respaldo en la doctrina³⁶³, esta solución se consolidó rápidamente en la jurisprudencia³⁶⁴ y tuvo vigencia durante más de treinta años. Incluso cuando el TEDH ya había sentado las bases de su doctrina

³⁵⁷ C. ROXIN, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99”, cit., pág. 370. Más adelante se explicará por qué esta diferencia es relevante.

³⁵⁸ La comparación que hace el BGH se basa en un ejemplo propuesto por FOTH, “Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?“, NJW, núm. 5, 1984, pág. 222, referido a algunos acontecimientos de la Alemania nacional-socialista. En concreto, al linchamiento de ciudadanos judíos que se produjo la noche de los cristales rotos (“*Kristallnacht*”). El argumento de este autor es explícito en este sentido: si se admite que los sujetos “incitados estatalmente” deben quedar impunes, también debería reconocerse la impunidad de los crímenes referidos (lo cual resulta a todas luces inasumible).

³⁵⁹ BGHSt 32, 345.

³⁶⁰ LESCH, “Tatprovokation durch eine V-Person als Verstoß gegen Grundsatz des fairen Verfahrens“, cit., pág. 451; KÖRNER, “Die Tatprovokation in Betäubungsmittelsachen”, Kriminalistik, cit., pág. 451. Tal y como indica C. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 202, el hecho de que un sujeto haya sido incitado a un delito, en sí mismo, puede tenerse en cuenta en el momento de determinación de la pena. La referencia a la disminución de la pena “independiente de la culpabilidad” significa que esta atenuación es adicional a la que puede derivarse del simple hecho de haber sido inducido al delito.

³⁶¹ KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelpolitik nach der Entscheidung des EGMR“, cit., pág. 290.

³⁶² BGHSt 32, 345, párr. 32.

³⁶³ I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1367, indicando que ha sido muy minoritaria la doctrina que ha apoyado la *Strafzumessungslösung*.

³⁶⁴ El resto de Salas penales del BGH se adhirieron con posterioridad a esta postura: BGHSt 33, 356; BGH, NJW 1986, 1764; NStZ 1995, 506; StV 1995, 131. Vid. ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 426.

de la provocación policial, y el propio BGH había asumido que la *unzulässige Tatprovokation* vulneraba el derecho al juicio equitativo, la *Strafzumessungslösung* se mantuvo³⁶⁵. En este sentido, el BGH afirmó que la vulneración del derecho al juicio debido queda “compensada” por la mitigación correspondiente de la pena³⁶⁶. De este modo, la posición del BGH entró en abierta contradicción con la jurisprudencia del TEDH³⁶⁷, que exigía la exclusión de las pruebas obtenidas mediante una provocación policial³⁶⁸.

El desacuerdo entre el BGH y el TEDH acerca de las consecuencias que debía comportar la *unzulässige Tatprovokation* finalmente se plasmó en la STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014. En esta sentencia, se condena a Alemania por vulnerar el derecho al juicio equitativo de un sujeto que había sido incitado por un policía a cometer un delito de tráfico de drogas. El TEDH se pronuncia con rotundidad al afirmar que “*para que el juicio sea justo dentro de esa disposición, todas las pruebas obtenidas como resultado de la provocación policial deben excluirse o debe aplicarse un procedimiento con consecuencias similares. A la vista de esta jurisprudencia, debe concluirse que cualquier medida que no incluya la exclusión de tales pruebas en el juicio o que conduzca a consecuencias similares también debe considerarse insuficiente para proporcionar una reparación adecuada por una infracción del artículo 6.1*”³⁶⁹. De esta forma, el tribunal de Estrasburgo rechaza expresamente la posición del BGH, conforme a la cual la mitigación de la pena supone una compensación suficiente por la vulneración del juicio equitativo. Desde su punto de vista, la *Strafzumessungslösung* no puede considerarse un “*procedimiento con consecuencias similares a la exclusión de las pruebas*”³⁷⁰. En consecuencia, la condena —aunque sea atenuada— del sujeto incitado en un caso de *unzulässige Tatprovokation* supone una vulneración del art. 6.1 del CEDH.

La sentencia del TEDH ha comportado, en palabras de algún autor, un “conflicto abierto” con la jurisprudencia alemana³⁷¹. La reacción inmediata del BVerfG³⁷² y de la 1ª Sala

³⁶⁵ KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, cit., pág. 147.

³⁶⁶ BGHSt 45, 321, párr. 56. Comparando sus efectos con los propios de las dilaciones indebidas.

³⁶⁷ RENZIKOWSKI, “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, cit., pág. 203.

³⁶⁸ Vid. por ejemplo la STEDH *caso Khudobin v. Rusia*, de 26-10-2006, párr. 134.

³⁶⁹ STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 68.

³⁷⁰ STEDH *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 69.

³⁷¹ En estos términos se pronuncia SOMMER, “Entscheidung vom 23.10.2014“, *StraFo*, núm. 9, 2014, pág. 510. Vid. también EIDAM, “Rechtsstatswidrige Tatprovokation“, cit., pág. 129.

³⁷² BVerfG, StV 2015, 413, párr. 43, afirmando que la regulación de la admisibilidad de la prueba es una cuestión que queda reservada al derecho nacional y que al TEDH solo le corresponde pronunciarse sobre si el juicio en su conjunto ha sido equitativo. Críticamente I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1366.

penal del BGH³⁷³ ha sido enrocarse en la *Strafzumessungslösung* y reconocer que, a lo sumo, en algunos casos extremos de *unzulässige Tatprovokation* podría llegar a apreciarse un impedimento procesal³⁷⁴. En cambio, 2ª Sala penal del BGH ha asumido que la *Strafzumessungslösung* es incompatible con la jurisprudencia del TEDH³⁷⁵ y, rompiendo con una tradición de más de treinta años, ha afirmado que la *unzulässige Tatprovokation* comporta “regularmente” un impedimento procesal³⁷⁶. Esta última sala ha preferido la figura del impedimento procesal a la exclusión probatoria, por entender que el TEDH requiere, en todo caso, que el sujeto incitado sea absuelto. Esto es, que la “exclusión probatoria” a la que alude el tribunal de Estrasburgo no se refiere a los medios de prueba derivados de la incitación policial (por ejemplo, el testimonio del agente policial) sino al hecho delictivo en sí mismo³⁷⁷. Por ello, según la 2ª Sala penal del BGH, la figura del impedimento procesal resulta más adecuada a estos efectos³⁷⁸. A falta de que se pronuncien otras salas del BGH³⁷⁹, se ha abierto la posibilidad de que el legislador tome cartas en este asunto, al constituirse una comisión de expertos para la reforma del StPO que, entre otras cuestiones, tiene sobre la mesa la posibilidad de incorporar a la legislación procesal una previsión específica sobre la *unzulässige Tatprovokation*³⁸⁰.

³⁷³ BGH, StV 2016, 78.

³⁷⁴ Vid. SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, en *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pág. 717. Recordemos que el BVerfG ya había admitido tiempo atrás que en algunos casos extremos de *unzulässige Tatprovokation* podría llegar a apreciarse un impedimento procesal (BVerfG, NJW 1986, 1427).

³⁷⁵ BGH, NStZ 2016, 52, párr. 38.

³⁷⁶ I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., pág. 1368, indica que la referencia al adverbio “regularmente” (“*regelmäßig*“) deja la puerta abierta a que en algunos casos excepcionales se pueda compensar la vulneración del juicio equitativo de otra forma distinta.

³⁷⁷ JÄGER, “Schon wieder polizeilich initiiertes Tatendrang“, JA, núm. 4, 2016, pág. 310; C. SCHMIDT, “Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation”, cit., pág. 59; SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., págs. 720 y 722.

³⁷⁸ BGH, NStZ 2016, 52, párr. 55, prefiriendo el impedimento procesal a una causa de exclusión de la pena supralegal, por ser la primera una categoría dogmática conocida.

³⁷⁹ Con posterioridad a las resoluciones anteriores, la 4ª Sala penal del BGH tuvo que abordar un caso de *unzulässige Tatprovokation* (BGH, NStZ 2016, 232). No obstante, en tanto que descartó su concurrencia, no se vio obligada a pronunciarse sobre sus consecuencias.

³⁸⁰ “Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“, 2015, págs. 84-87. Vid. al respecto EIDAM, “Rechtsstatswidrige Tatprovokation“, cit., pág. 131; C. SCHMIDT, “Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation”, cit., pág. 56.

4. El *entrapment* inglés

El *entrapment* inglés es una construcción bastante reciente. A principios de los años ochenta la Cámara de los Lores había negado expresamente la existencia de una figura de estas características en el Derecho inglés, señalando que los jueces no podían excluir del proceso pruebas obtenidas por medios injustos o inapropiados³⁸¹. Según esta cámara, el remedio adecuado ante una incitación policial debía consistir en sancionar disciplinariamente al policía, ofrecer una reparación civil al sujeto incitado o, como máximo, atenuar la pena que se le impusiera³⁸². No obstante, pocos años después, el parlamento inglés aprobó una ley que otorgaba discrecionalidad a los jueces para excluir pruebas cuya admisión pudiera poner en duda la equidad del proceso³⁸³. En base a esta previsión, algunas resoluciones judiciales comenzaron, de forma un tanto asistemática³⁸⁴, a absolver a sujetos que habían delinquido a causa de ciertas incitaciones policiales³⁸⁵. Finalmente, en el año 2000, la Cámara de los Lores se retractó de su anterior posicionamiento y sentó las bases de su particular doctrina del *entrapment*³⁸⁶.

La delimitación del *entrapment* inglés resulta extremadamente casuística y, por ello, sus contornos son muy difusos³⁸⁷. En este sentido, la Cámara de los Lores se conformó con “*identificar un conjunto de factores relevantes a ser tenidos en cuenta, cuyo peso relativo e importancia depende de los hechos particulares del caso*”³⁸⁸. De este modo, la apreciación del *entrapment* se hace depender de un proceso de ponderación en el que los jueces disponen de una gran discrecionalidad³⁸⁹.

El punto de partida de los tribunales ingleses es el siguiente: “*por un lado, se ha reconocido como profundamente ofensivo para las nociones ordinarias de equidad que un acusado sea condenado y castigado por cometer un delito incitado, instigado, persuadido, presionado o engatusado por un policía. Por otra parte, se ha reconocido que la policía tiene el deber general de hacer cumplir la ley y se ha considerado inobjetable que la policía le dé al acusado una oportunidad para infringirla (...) en*

³⁸¹ *R v Sang* [1980] AC 402.

³⁸² ASHWORTH, “*Entrapment and Criminal Justice*”, Oxford University Commonwealth Law Journal, vol. 2, núm. 1, 2002, pág. 126.

³⁸³ Sección 78 de la *Police and Criminal Evidence Act* (1984).

³⁸⁴ ASHWORTH, “*Redrawing the boundaries of entrapment*”, Criminal Law Review, núm. 3, 2002, pág. 161.

³⁸⁵ ORMEROD/ROBERTS, “*The trouble with Teixeira*”, cit., pág. 41.

³⁸⁶ SQUIRES, “*The Problem with Entrapment*”, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, núm. 2, 2006, pág. 352.

³⁸⁷ Se muestran muy críticos con esta aproximación BRONIT, “*Sang is Dead, Loosely Speaking*”, Singapore Journal of Legal Studies, 2002, pág. 385; ORMEROD/ROBERTS, “*The trouble with Teixeira*”, cit., pág. 41.

³⁸⁸ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, parr. 48.

³⁸⁹ ASHWORTH, “*Redrawing the boundaries of entrapment*”, cit., pág. 165; BRONITT, “*The Law in Undercover Policing*”, cit., pág. 63.

*circunstancias en las que se habría comportado de la misma manera si la oportunidad hubiera sido ofrecida por otra persona*³⁹⁰. Así, el *entrapment* concurriría cuando un policía incita a un sujeto a la comisión de un delito³⁹¹. En este contexto, castigarlo sería “*simplemente inaceptable*”³⁹². En cambio, ofrecer una “*oportunidad no excepcional*”³⁹³ para delinquir resultaría inobjetable y, por ello, el sujeto que la ha aprovechado debería ser castigado. Para determinar si la oportunidad ofrecida es o no excepcional, debe comprobarse si la policía actuó como se hubiera esperado que lo hiciera cualquier otro sujeto en esas circunstancias³⁹⁴. Esto es, si su actuación fue consistente con los usos comunes del contexto en que se desarrolló la actividad delictiva³⁹⁵. Por ejemplo, al parar un taxi (que se sabe sin licencia) para solicitarle un viaje, la policía estaría actuando como un cliente ordinario y, en consecuencia, le estaría brindando una simple “oportunidad no excepcional”³⁹⁶. Por el contrario, ofrecer 50€ de recompensa al taxista para conseguir ese mismo viaje no es consistente con los usos del sector y, por lo tanto, su ofrecimiento constituye una oportunidad excepcional. En todo caso, si en un determinado ámbito resulta habitual mostrar cierta insistencia, la policía podrá insistir de ese mismo modo sin sobrepasar el umbral de la “oportunidad no excepcional”³⁹⁷. Lo determinante, por tanto, es comprobar si la tentación ofrecida por la policía fue superior o, al menos, diferente a

³⁹⁰ *Nottingham City Council v. Amin* [2000] 1 WLR 1071. Adviértase que, interpretada literalmente, la última frase del texto citado no tiene sentido. En tanto que el sujeto que ha delinquido no sabía que la oportunidad para cometer el delito se la había brindado un policía, siempre “*se habría comportado de la misma manera si la oportunidad hubiera sido ofrecida por otra persona*”. Es decir, si la pregunta hipotética que plantea es ¿hubiera delinquido igualmente el sujeto si la contribución prestada por la policía hubiera sido ofrecida por otra persona?, la respuesta será invariablemente sí. La pregunta que en realidad se quiere plantear es ¿resulta razonable que la oportunidad que prestó la policía hubiera sido ofrecida por otra persona? De este modo, lo que se considera inobjetable es que el policía dé una oportunidad para delinquir que, en circunstancias normales, hubiera podido ser ofrecida por otra persona. Esto es, que ofrezca una oportunidad “no excepcional”. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 54.

³⁹¹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 1.

³⁹² *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 1.

³⁹³ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 23.

³⁹⁴ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 23.

³⁹⁵ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 55.

³⁹⁶ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 54, a partir de un caso de la jurisprudencia inglesa. Adviértase que, en este supuesto, aunque la oportunidad brindada se considere “no excepcional”, parece evidente que la actuación policial constituye una incitación o instigación. Por ello, la contraposición entre, por un lado, incitaciones y, por el otro, oportunidades no excepcionales, no tiene sentido (salvo que incitación se use como sinónimo de *entrapment*, en cuyo caso sería redundante definir *entrapment* como incitación policial). Críticamente sobre el uso del término incitación SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 361; ORMEROD/ROBERTS, “The trouble with Teixeira”, cit., pág. 53.

³⁹⁷ En este sentido, la Cámara de los Lores considera que un traficante solo vendería drogas a un extraño si este muestra cierta persistencia en su empeño. Por ello, afirma que la policía no estaría brindando una oportunidad excepcional si insistiera de ese mismo modo en una compra simulada de drogas. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 102.

aquellas que normalmente esperaríamos encontrar en el contexto particular en el que se brindó³⁹⁸.

SQUIRES realiza una crítica muy interesante a esta aproximación. Según este autor, el contexto que determina si la tentación ofrecida por la policía es o no extraordinaria viene condicionado principalmente por el entorno en que se mueve el sujeto que ha delinquido. De este modo, la excepcionalidad de la oportunidad brindada se acaba valorando *subjetivamente*. La pregunta relevante es, por tanto, si el sujeto en cuestión habitualmente se enfrenta a tentaciones similares a las que le ofreció la policía³⁹⁹. En este sentido, una misma oportunidad delictiva puede ser extraordinaria para un sujeto y ordinaria para otro⁴⁰⁰. Pues bien, en tanto que uno no escoge el nivel de tentaciones que le rodea —que determina si la oportunidad brindada por la policía es excepcional o no— resulta injusto que ello condicione su castigo o absolución⁴⁰¹. Ante un mismo delito, aquellos afortunados que vivan en un entorno sin esa clase de “tentaciones criminales” podrán ser absueltos, mientras que aquellos otros que tengan la desgracia de habitar en un ambiente donde abunden ese tipo de oportunidades no podrán escapar del castigo. Así, en el *entrapment*, el entorno del individuo que ha delinquido se valora en sentido inverso a cómo intuitivamente se percibe que debería afectar a la responsabilidad: premiando al afortunado y perjudicando al que no lo es⁴⁰².

HO plantea un ejemplo que plasma este problema de forma especialmente gráfica⁴⁰³. Imaginemos a un joven que vive en un barrio exclusivo y en un entorno libre de drogas que, secretamente, tiene curiosidad por probar la heroína. Un día, cerca de su casa, un policía de incógnito le ofrece la posibilidad de adquirir una pequeña cantidad de esa droga a “precio de calle” y él acepta. Pues bien, en tanto que a ese barrio nunca acuden traficantes de droga, y ese joven jamás se había cruzado con una oferta así, la oportunidad que le ha brindado el policía debería ser considerada “excepcional”. En cambio, si esa misma oferta la hubiera dirigido a otro joven que residiera en un barrio pobre e infestado de drogas, donde esa clase de ofertas fueran habituales, la oportunidad debería ser calificada como “no excepcional”. Aunque el precio pagado por la droga sea el mismo, ninguno de los dos jóvenes hubiera hecho antes algo similar, y la acción de ambos sea idéntica, el criterio de

³⁹⁸ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 363.

³⁹⁹ *Ibidem*, pág. 357.

⁴⁰⁰ HO, “State entrapment”, cit., pág. 83.

⁴⁰¹ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 360.

⁴⁰² *Ibidem*, pág. 359.

⁴⁰³ HO, “State entrapment”, cit., pág. 83. El ejemplo está planteado en el contexto de un ordenamiento jurídico en el que la tenencia y el consumo de drogas son comportamientos delictivos. Obviamente, no es el caso español. No obstante, he considerado que el ejemplo es lo suficientemente ilustrativo como para plasmarlo en estos mismos términos.

la “oportunidad no excepcional” debería comportar que el primer joven no fuera castigado y el segundo sí.

El criterio de la oportunidad no excepcional es el que más importancia parece tener en la delimitación del *entrapment*. Sin embargo, no es el único. Los tribunales ingleses también tienen en cuenta otro conjunto de factores para apreciar el *entrapment*, sin que quede del todo claro cuál es el peso relativo de cada uno de ellos a la hora de ponderarlos. Así, por un lado, se toma en consideración la *naturaleza del delito* cometido y, en concreto, las dificultades existentes para su persecución⁴⁰⁴. Cuanto más compleja sea la investigación de esa tipología delictiva, menos tenderá a estimarse el *entrapment*⁴⁰⁵. Por otro lado, también resultan relevantes las *razones de la operación policial*⁴⁰⁶. Las actuaciones policiales de mala fe —por ejemplo, motivadas por una venganza personal— no deberían resultar admisibles. En cambio, si la policía actúa en base a sospechas razonables, será más difícil que se reconozca el *entrapment*⁴⁰⁷. Por último, la adecuada *supervisión del operativo* parece ser otro elemento a valorar en esta compleja ecuación⁴⁰⁸. En tanto que las actuaciones policiales no supervisadas acarrearán un gran peligro de “*opresión, extorsión y corrupción*”⁴⁰⁹, la falta de una supervisión adecuada constituirá un argumento a favor de apreciar el *entrapment*⁴¹⁰.

La Cámara de los Lores negó expresamente que la *predisposición* del sujeto abordado por la policía fuera un factor relevante en la delimitación del *entrapment*. En este sentido, al hilo de una crítica de la jurisprudencia norteamericana, afirmó que “*la predisposición no hace aceptable lo que de otro modo sería una conducta inaceptable por parte de la policía (...)* la predisposición no niega el mal uso del poder estatal”⁴¹¹. Desde su punto de vista, condicionar el *entrapment* a la ausencia de predisposición haría que las personas con antecedentes penales pudieran ser instigadas libremente por la policía, sin que en ningún caso ello pudiera comportar su absolución⁴¹². No obstante, Lord McHugh hace alusión a la “*intención de cometer el delito o un delito similar si surge la oportunidad*” como elemento

⁴⁰⁴ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 26.

⁴⁰⁵ ASHWORTH, “Redrawing the boundaries of entrapment”, cit., pág. 167. En todo caso, la gravedad del delito no parece ser un elemento relevante a efectos de apreciar el *entrapment*. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 66.

⁴⁰⁶ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 27.

⁴⁰⁷ De todos modos, en *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 27, se afirma que “*no siempre es esencial tener sospechas de un individuo en particular. A veces, la sospecha puede centrarse en un lugar concreto, como una casa pública. A veces, las pruebas aleatorias pueden ser la única forma practicable de vigilar una determinada actividad comercial*”.

⁴⁰⁸ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 367.

⁴⁰⁹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 28.

⁴¹⁰ ASHWORTH, “Redrawing the boundaries of entrapment”, cit., pág. 168.

⁴¹¹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 22.

⁴¹² *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 67. Vid. BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, cit., pág. 62.

a tener en cuenta para apreciar el *entrapment*, lo cual, no parece alejarse mucho del significado que otorga la jurisprudencia norteamericana al término predisposición⁴¹³.

En todo caso, el *entrapment* inglés se fundamenta en la necesidad de salvaguardar la integridad de los tribunales. Así, el sujeto incitado debería ser absuelto “*para proteger la integridad del sistema de justicia criminal*”⁴¹⁴. Desde este punto de vista, la imagen de los tribunales se vería comprometida si actuaran en base a los frutos de prácticas manifiestamente inaceptables de la policía⁴¹⁵. Por ello, la única forma que tendrían los tribunales de preservar su propia integridad sería absolver al sujeto que ha sido víctima de las mismas⁴¹⁶. Solamente de este modo se evitaría que la ciudadanía tuviera la percepción de que la ley condona las malas praxis policiales⁴¹⁷.

Adviértase que la referencia a la integridad únicamente explica por qué la solución ante una incitación policial inaceptable debería ser absolver al sujeto incitado. Sin embargo, no nos dice absolutamente nada acerca de por qué ciertas incitaciones policiales (y no otras) son inaceptables. Esto es, por qué resulta inadmisibles que la policía ofrezca una “oportunidad excepcional” para delinquir y, por el contrario, brindar una “oportunidad no excepcional” se considera inobjetable. En este sentido, la preservación de la integridad judicial es un argumento para defender que el *entrapment* comporte la impunidad del sujeto incitado, pero no sirve para delimitar sus contornos. Dicho de otro modo, la integridad judicial fundamenta la consecuencia jurídica del *entrapment*, pero no sus límites.

A la hora de argumentar por qué es “*simplemente inaceptable*”⁴¹⁸ que la policía incite a sus ciudadanos al delito para poder perseguirlos posteriormente, la Cámara de los Lores se mantiene en un plano meramente retórico: sería un mal uso del poder del Estado⁴¹⁹,

⁴¹³ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 100, citando jurisprudencia australiana. Vid. BRONIT, “Sang is Dead, Loosely Speaking”, cit., pág. 382.

⁴¹⁴ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 39.

⁴¹⁵ ASHWORTH, “Redrawing the boundaries of entrapment”, cit., pág. 161; CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pág. 140.

⁴¹⁶ La Cámara de los Lores rechaza expresamente que el fundamento de la impunidad del sujeto incitado sea disciplinar a la policía y disuadirla de esta clase de actuaciones inaceptables. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 17. En este sentido, el argumento de la integridad es diferente al argumento de la disuasión. Cfr. ASHWORTH, “Entrapment and Criminal Justice”, cit., pág. 127. Mediante la absolución del sujeto incitado no se estaría tratando de evitar futuros abusos policiales, sino impidiendo que el proceso penal se convierta en una extensión del abuso que ya se ha producido. En este sentido ROGERS, “The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials”, *Current Legal Problems*, vol. 61, núm. 1, 2008, pág. 295.

⁴¹⁷ *R v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WLR 104.

⁴¹⁸ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 1.

⁴¹⁹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 1.

una afronta a la conciencia pública⁴²⁰, un descrédito para la administración de justicia⁴²¹, algo profundamente ofensivo para las nociones ordinarias de equidad⁴²² o, simplemente, no sería justo⁴²³. Sin negar que las incitaciones policiales merezcan todas esas descalificaciones, parece evidente que las mismas no explican por qué resulta inaceptable que la policía incite al delito a sus ciudadanos⁴²⁴. Desde luego, resulta imposible deducir de ellas los límites del *entrapment*. ¿Por qué brindar una “oportunidad no excepcional” no constituye un mal uso del poder del Estado? ¿Por qué incitar a un sospechoso no constituye una afronta a la conciencia pública? A partir de consideraciones tan genéricas y subjetivas no pueden derivarse razonablemente los criterios que delimitan el *entrapment*. En este sentido, la fundamentación del *entrapment* inglés es tan difusa como sus límites.

En cualquier caso, la impunidad del sujeto incitado deberá ser declarada mediante la suspensión del procedimiento (“*stay of proceeding*”)⁴²⁵. Dicha suspensión se basa en la doctrina del *abuse of process*⁴²⁶, y deberá ser acordada antes de que se lleve a cabo el enjuiciamiento⁴²⁷. Desde luego, esta alternativa resulta más razonable que la de excluir las pruebas obtenidas mediante la incitación⁴²⁸. En efecto, si la única prueba excluida fuera el testimonio del agente que llevó a cabo la incitación, el sujeto incitado aún podría ser condenado a través de fuentes de prueba independientes (por ejemplo, el testimonio de alguien que se encontrara en el lugar del crimen por casualidad). En cambio, si la exclusión fuera referida a cualquier fuente de prueba que pudiera acreditar el delito —logrando de este modo los mismos efectos que el *stay of proceeding*— se estaría denominando “exclusión probatoria” a algo que no lo es⁴²⁹.

⁴²⁰ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 19.

⁴²¹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 25.

⁴²² *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 25.

⁴²³ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 19.

⁴²⁴ En el mismo sentido SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 353.

⁴²⁵ ASHWORTH, “Redrawing the boundaries of entrapment”, cit., pág. 162.

⁴²⁶ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 355, indica que esta doctrina se aplica cuando una conducta incorrecta previa del Estado socaba su legitimidad para emitir un veredicto de culpabilidad. Un ejemplo que caería dentro de este ámbito sería el secuestro de un sospechoso para llevarlo a la jurisdicción propia (piénsese en el caso de Eichmann). Ampliamente sobre esta doctrina ROGERS, “The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials”, cit., pág. 299.

⁴²⁷ ASHWORTH, “Entrapment and Criminal Justice”, cit., pág. 127. Vid. también YACOBUCCI, “Criterios de imputación frente al delito flagrante provocado”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017, pág. 898.

⁴²⁸ Recuérdese que la ley inglesa también permite esta posibilidad (sección 78 de la *Police and Criminal Evidence Act*).

⁴²⁹ *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, parr. 16.

5. El *entrapment* canadiense

El Tribunal Supremo canadiense también ha desarrollado su propia *doctrin of entrapment*⁴³⁰. La delimitación del *entrapment* que efectúa este tribunal resulta especialmente interesante por articularse mediante dos criterios independientes. Esto es, por definir su ámbito de aplicación a partir de dos parámetros diferenciados y desvinculados entre sí. Esta aproximación dual dota a esta construcción jurisprudencial de una claridad de la que carecen el resto de figuras analizadas hasta el momento, lo cual justifica su somero análisis en este trabajo.

Según el Tribunal Supremo canadiense, concurre *entrapment* cuando: “a) las autoridades proporcionan a una persona la oportunidad de cometer un delito sin actuar bajo la sospecha razonable de que esa persona ya está involucrada en actividades delictivas o sin actuar de acuerdo con una investigación de buena fe; b) aun teniendo una sospecha razonable o actuando en el curso de una investigación de buena fe, van más allá de brindar una mera oportunidad para delinquir e inducen a la comisión de un delito”⁴³¹. De este modo, una actuación policial puede incurrir en *entrapment* por dos razones diferenciadas. La primera de ellas tiene que ver con los *motivos* de dicha actuación. Cualquier contribución policial a la comisión de un delito será calificada como *entrapment* si no está motivada por una sospecha previa o no trae causa de una investigación de buena fe⁴³². La segunda razón tiene que ver con la *actuación policial en sí misma*. Al margen de los motivos que tuviera la policía, su actuación siempre constituirá *entrapment* si induce a la comisión de un delito. Así, mediante estos dos criterios, el Tribunal Supremo canadiense define de forma negativa el ámbito de las contribuciones policiales a delinquir que resultan legítimas: todas aquellas que traen causa de una sospecha razonable o una investigación de buena fe y, además, no exceden de la mera provisión de una oportunidad para cometer el delito⁴³³.

Las *sospechas razonables* necesarias para que una contribución policial a delinquir sea legítima no deben estar fundadas en simples rumores o en informaciones sin

⁴³⁰ El Tribunal Supremo canadiense sienta esta doctrina en la sentencia de *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903. Anteriormente no otorgaba ninguna clase de relevancia a los supuestos que se incluyen hoy en ella. Así, seis años antes, en *Amato v. The Queen* [1982] 2 SCR 41, niega expresamente la posibilidad de aplicar una doctrina de estas características. Vid. al respecto BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, *Common Law World Review*, núm. 33, pág. 49.

⁴³¹ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 130.

⁴³² *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 119.

⁴³³ REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, en *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 164.

especificar⁴³⁴. No obstante, tampoco resulta necesario que dichas sospechas se basen en motivos razonables y probables para creer que una persona ha cometido un delito específico⁴³⁵. En este sentido, el grado de sospechas requerido es menor al que exigen otros procedimientos. De lo contrario, el ámbito de las contribuciones policiales legítimas quedaría reducido a casos en los que seguramente no serían necesarias⁴³⁶.

Imaginemos que la policía sospecha que un sujeto guarda en su casa una importante cantidad de drogas. Para confirmar dicha sospecha, un policía de incógnito podría presentarse ante dicho sujeto como un consumidor y solicitarle una determinada cantidad de droga para ver si acude a su domicilio con el fin de proporcionársela. No obstante, la policía también podría comprobar sus sospechas, directamente, solicitando una autorización judicial para registrar dicho domicilio. Si el grado de sospechas necesario para realizar la compra simulada de drogas es el mismo que requiere una autorización judicial para una entrada y registro, probablemente la policía tendería a optar por esta última opción. Así, la utilidad de acudir a esta clase de contribuciones policiales legítimas quedaría puesta en entredicho por la posibilidad de acudir a otros procedimientos más eficaces bajo sus mismos presupuestos.

Aunque la policía carezca de sospechas previas sobre un individuo concreto, puede proporcionar una oportunidad para delinquir de forma legítima si actúa en el marco de una *investigación de buena fe*⁴³⁷. Esta clase de investigaciones se caracterizan por desarrollarse en una ubicación física donde se tienen sospechas fundadas de que se está desarrollando una actividad criminal⁴³⁸. Aquí las sospechas previas no van referidas a un individuo en particular, sino a una localización asociada a una actividad criminal⁴³⁹. Así, por ejemplo, si se tiene constancia de que se están produciendo numerosos hurtos en una estación de autobuses, sería legítimo que la policía colocara una mochila en dicha estación para detener a quien intentara apoderarse de ella⁴⁴⁰. En cambio, sería ilegítimo que un policía, ansioso por incrementar su número de detenciones, dejara una cartera con efectivo en un parque escogido al azar, para detener a quien tratara de apropiársela. Esto

⁴³⁴ ASHWORTH, "What is wrong with Entrapment", Singapore Journal of Legal Studies, 1999, pág. 304. También en ASHWORTH, "Testing Fidelity to Legal Values", The Modern Law Review, vol. 63, núm. 5, pág. 649. Los antecedentes penales de un sujeto pueden tomarse en consideración a estos efectos, pero solo en tanto que se vinculen con otras razones que conduzcan a pensar que dicho sujeto está involucrado en otras actividades delictivas. Vid. *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 116.

⁴³⁵ BRONITT, "The Law in Undercover Policing", cit., pág. 50.

⁴³⁶ REDMAYNE, "Exploring Entrapment", cit., pág. 164, afirma que si la policía está lo suficientemente segura de que alguien está implicado en un delito, debería procesarlo directamente sin recurrir a ninguna clase de contribución policial.

⁴³⁷ *R. v. Barnes* [1991] 1 SCR 449.

⁴³⁸ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 113.

⁴³⁹ ASHWORTH, "What is wrong with Entrapment", cit., pág. 304.

⁴⁴⁰ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 115.

último constituiría un *test de virtud aleatorio* y sería calificado como *entrapment* por no traer causa de ninguna clase de sospecha previa⁴⁴¹.

En todo caso, aun estando motivada por la existencia de sospechas previas, la actuación policial será ilegítima si va más allá de brindar una mera oportunidad para delinquir e *induce a la comisión de un delito*⁴⁴². A la hora de determinar cuando la policía traspasa ese límite, el Tribunal Supremo canadiense tiene especialmente en cuenta si una *persona media* hubiera cometido el delito en esas mismas circunstancias⁴⁴³. Es decir, si un ciudadano estándar, con sus fortalezas y sus debilidades, hubiera sucumbido a la tentación ofrecida por la policía. De ser así, la actuación policial será calificada como *entrapment*. No obstante, en caso contrario, aunque una persona media no hubiera delinquir en esa situación, aun podrá considerarse que la actuación policial es ilegítima en base a otros criterios⁴⁴⁴. Así, por ejemplo, apelar a la compasión o amistad de un sujeto para conseguir que delinca puede constituir *entrapment* aunque un ciudadano estándar no hubiera cedido en tales condiciones⁴⁴⁵. Del mismo modo, explotar una vulnerabilidad particular del sujeto abordado, o recurrir a su adicción a las drogas para persuadirlo, son circunstancias que, por sí mismas, pueden fundamentar la apreciación de un *entrapment*⁴⁴⁶. El catálogo de factores que, en este contexto, puede hacer que una contribución policial sea ilegítima no es taxativo⁴⁴⁷. Aunque el Tribunal Supremo canadiense se esfuerza en enumerar un considerable número de elementos que pueden ser tenidos en cuenta, al final reconduce la decisión sobre la legitimidad de la actuación policial a una genérica *valoración conjunta de todas las circunstancias*⁴⁴⁸. Así, en última instancia, la claridad que caracteriza esta construcción jurisprudencial queda considerablemente difuminada por la posibilidad de que, en este punto, otras razones sin especificar puedan determinar que la actuación policial se considere ilegítima.

⁴⁴¹ Del mismo modo, también serían ilegítimas aquellas *actuaciones de mala fe*, que no vienen motivadas por sospechas previas, sino por otras razones no vinculadas a ninguna investigación. En *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 114, se pone como ejemplo de actuación de mala fe el caso de un policía que, estando en desacuerdo con la libertad condicional concedida a un preso, le brinda una oportunidad delictiva para conseguir su inmediata vuelta a prisión.

⁴⁴² MURPHY/ANDERSON, “After the Serpent Beguiled Me”, *Queen's Law Journal*, vol. 39, núm. 2, 2014, pág. 627.

⁴⁴³ BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, cit., pág. 51. Vid. también *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 120.

⁴⁴⁴ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 124.

⁴⁴⁵ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 126.

⁴⁴⁶ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 126.

⁴⁴⁷ VALENTINE, “To catch an entrapper”, *Pace International Law Review Online Companion*, vol. 1, núm. 2, 2009, pág. 27.

⁴⁴⁸ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 129.

Aparte de los factores a los que ya se ha hecho referencia, el Tribunal Supremo canadiense alude, a título ejemplificativo, a las siguientes circunstancias susceptibles de determinar que la actuación policial constituya *entrapment*: el tipo de delito cometido y la disponibilidad de otras técnicas policiales para detectarlo; la persistencia y el número de intentos realizados por la policía antes de que el acusado aceptara cometer el delito; el tipo de incentivo ofrecido por la policía; el momento de la conducta de la policía, en particular, si la policía instigó el delito o se involucró en actividades delictivas en curso; la proporcionalidad de la actuación policial en relación a la del acusado; el riesgo para terceros generado por la actuación policial; la comisión de actos ilegales por parte de la propia policía; la existencia de amenazas; y la vulneración por parte de la policía de otros valores constitucionales⁴⁴⁹.

En gran parte, el recurso a este cajón de sastre de circunstancias para delimitar el *entrapment* se explica por la forma en que el Tribunal Supremo canadiense ha fundamentado esta figura. En efecto, el fundamento del *entrapment* canadiense es la necesidad de mantener la confianza pública en la administración de justicia⁴⁵⁰. Dicha confianza se ve mermada cuando los jueces, a través de sus sentencias, condonan una actuación policial que ofende los sentimientos de la comunidad⁴⁵¹. Los límites del *entrapment* se configuran, precisamente, a partir de esos sentimientos de la comunidad. Así, por un lado, ofenden dichos sentimientos las contribuciones policiales a delinquir que no traen causa de sospechas previas, pues la comunidad espera que la policía solo recurra a esta clase de actuaciones cuando tenga motivos válidos para ello⁴⁵². Lo mismo ocurre con las incitaciones que hubieran conseguido que una persona media delinquiera, pues resulta inevitable que la comunidad tienda a ponerse en la posición del acusado cuando valora la pertinencia de la actuación policial⁴⁵³. Esto explicaría que se aprecie *entrapment* en los casos de ausencia de sospechas previas, o de actuaciones susceptibles de incitar a una persona media. No obstante, en tanto que estas circunstancias no agotan todas las razones por las que una contribución policial a delinquir puede ofender los sentimientos de la comunidad, resulta necesario mantener la puerta abierta a apreciar un *entrapment* en otras circunstancias. La posibilidad de apreciar un *entrapment* en base a otros criterios sin especificar se explica, precisamente, por la existencia de otros motivos

⁴⁴⁹ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 133.

⁴⁵⁰ BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, cit., pág. 49. También ASHWORTH, “What is wrong with Entrapment”, cit., pág. 307. En este sentido, el Tribunal Supremo canadiense descarta una fundamentación basada en la necesidad de disciplinar a los agentes policiales. Vid. *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 181.

⁴⁵¹ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 153. Vid. también *R. v. Pearson* [1998] 3 SCR 620 cuando afirma que lo relevante en el *entrapment* es si la actuación policial “*conmociona la conciencia y ofende el principio de la decencia y el juego limpio*”.

⁴⁵² *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 115.

⁴⁵³ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 120.

que pueden llevar a que una contribución policial ofenda los sentimientos de la comunidad. Así, por ejemplo, con independencia de las sospechas previas que tuviera la policía o lo que hubiera hecho una persona media en su lugar, recurrir al instinto de compasión de una persona para conseguir que delinca resulta ofensivo en sí mismo “*porque explota una característica humana que como sociedad sentimos que debemos respetar*”⁴⁵⁴.

Por último, al margen de cuál sea la concreta razón por la que concurre el *entrapment*, su apreciación siempre deberá comportar la impunidad del sujeto que ha delinquido. La curiosa fórmula que el Tribunal Supremo canadiense estima oportuna para lograr dicha impunidad consiste en sobreseer el procedimiento (“*stay of proceedings*”)⁴⁵⁵ tras la correspondiente declaración de culpabilidad por parte del jurado⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 126.

⁴⁵⁵ Dicho sobreseimiento se basa en la doctrina del *abuse of process*. Vid. al respecto ASHWORTH, “What is wrong with Entrapment, cit., pág. 306; BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, cit., pág. 49.

⁴⁵⁶ BRONITT, “The Law in Undercover Policing”, cit., pág. 49.

6. Dos aproximaciones legales

Resulta de interés poner de manifiesto que, en el ámbito internacional, no todas las figuras análogas al delito provocado son construcciones jurisprudenciales⁴⁵⁷. A título de ejemplo, cabe mencionar el caso de Austria y Uruguay. Ambos países han incorporado a su legislación positiva una previsión expresa sobre esta materia. No obstante, debe destacarse que los textos legislativos escogidos para ellos son distintos en un país y otro. Mientras la regulación austriaca se plasma en su Código procesal penal, la uruguaya se contiene en su respectivo Código penal.

El Código procesal penal austriaco, recientemente reformado, establece en su párrafo 5.3 que “*es inadmisibles inducir a una persona a cometer una acción punible de manera contraria al principio del juicio justo (Art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)*”⁴⁵⁸. De esta forma, su legislación asume la postura del TEDH, haciendo una evidente alusión a su doctrina sobre la provocación policial. Además, desde el 1 de junio de 2016⁴⁵⁹, esta previsión se complementa con otro precepto del öStPO, que determina expresamente las consecuencias derivadas de una inducción inadmisibles: “*la fiscalía deberá abstenerse de perseguir a un acusado por una acción punible cuya comisión haya sido inducida de conformidad con el § 5.3*”⁴⁶⁰. Con esta disposición, el legislador austriaco —de nuevo, en sintonía con el TEDH— enmienda la postura de su jurisprudencia, que hasta el momento de la reforma legal había optado por limitar los efectos de una inducción inadmisibles a la simple mitigación de la pena (“*Strafzumessungslösung*”)⁴⁶¹.

Por otro lado, el Código penal de Uruguay dispone en su art. 8 que “*el hecho delictivo provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso que el Juez competente autorice, por escrito, la provocación por razones fundadas. Esta*

⁴⁵⁷ De todos modos, al tratar la *doctrin of entrapment* estadounidense ya se ha puesto de manifiesto que la regulación propuesta por el *Model Penal Code* ha sido asumida por algunos Estados norteamericanos mediante decisiones legislativas y, por ello, sus respectivas configuraciones del *entrapment* tampoco constituyen construcciones jurisprudenciales.

⁴⁵⁸ La regulación anterior a 2016 se pronunciaba en términos muy similares, pero sin hacer expresa referencia al art. 6.1 del CEDH. Vid. al respecto SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 87. Por otro lado, con anterioridad al 2007, el § 25 öStPO optaba por sancionar el comportamiento del funcionario que realizara esta clase de incitaciones. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 116

⁴⁵⁹ Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz und das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geändert werden (Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016).

⁴⁶⁰ §133(5) öStPO.

⁴⁶¹ Al respecto de la situación anterior a la reforma vid. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 209. También expone dicha situación SWOBODA, “Der agent provocateur aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht“, ZVG, núm. 4, 2016, pág. 309.

autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento. Queda el Juez facultado en los casos de delito putativo o cuando no mediere la autorización para la provocación, para adoptar medidas de seguridad". Tres aspectos de este precepto merecen ser resaltados. En primer lugar, llama la atención que, en una disposición de Derecho penal material, se condicione el castigo de un sujeto a la concurrencia de ciertos requisitos procesales. En segundo término, debe destacarse que uno de esos requisitos sea la previa autorización judicial de la provocación, pues no es común que se haga depender su admisibilidad de una decisión judicial que se pronuncie expresamente sobre ella. Por último, lo más interesante de este artículo es la posibilidad que deja abierta de, en caso de que no hubiera mediado autorización judicial, acordar una *medida de seguridad* contra el sujeto que ha cometido el hecho delictivo provocado⁴⁶².

⁴⁶² Esta posibilidad se encuentra prevista en el Código penal de Uruguay desde el 1933. Ya por entonces su art. 8 establecía que "*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*". La referencia a la autorización judicial se introduce posteriormente en una reforma del año 2000 (Ley N° 17.243).

7. Una visión comparada

A continuación, se llevará a cabo un análisis comparado de las figuras expuestas. Dicho análisis se centrará en dos ejes. En primer lugar, se realizará una comparación entre los *límites* de todas las construcciones examinadas, destacando sus diferencias y, sobre todo, sus puntos en común. En segundo término se confrontarán sus *consecuencias*, tratando de clasificarlas y, de nuevo, poniendo de relieve aquello que tienen en común.

En última instancia, el propósito de este análisis comparado es delimitar un marco de referencia común a todas las construcciones examinadas. Dicho marco constituirá la base sobre la que, posteriormente, se analizarán los distintos argumentos que tratan de fundamentar estas figuras⁴⁶³.

7.1. Diferencias en la delimitación

Los límites de las distintas figuras analizadas pueden diferenciarse en base a cinco criterios: 1) la *peligrosidad* del autor; 2) su *estado mental* previo al delito; 3) las *sospechas* que tuviera *ex ante* quien contribuye al delito; 4) su *condición personal*; 5) el *riesgo para el bien jurídico*. Cada uno de estos criterios divide las construcciones examinadas en, como mínimo, dos grupos: aquellas que conceden relevancia al criterio en cuestión y aquellas que lo estiman intrascendente. De este modo, los cinco criterios mencionados permiten diferenciar las figuras expuestas en función de si delimitan (o no) su contenido a partir de los mismos. En este sentido, si el ámbito aplicativo de cada una de las construcciones examinadas se representara mediante círculos secantes, los criterios que se verán a continuación delimitarían la superficie que no resulta común a todas ellas.

7.1.1. El criterio de la peligrosidad

En primer lugar, las construcciones expuestas pueden dividirse en dos bloques: por un lado, aquellas que condicionan de alguna manera su aplicación a un pronóstico de *peligrosidad* y, por el otro, las que estiman intrascendente este dato. En el primer grupo quedarían incluidas todas las figuras que, de una forma u otra, toman en consideración *aquello que previsiblemente hubiera ocurrido en el curso normal de los acontecimientos*⁴⁶⁴. El caso más evidente es el del *entrapment* subjetivo cuando la predisposición se entiende como *tendencia*. Aquí, la impunidad depende de si el sujeto

⁴⁶³ Por ello, en este apartado no se llevará a cabo una comparación entre los argumentos que fundamentan las construcciones expuestas. Dichos argumentos serán analizados por separado en la tercera parte de este trabajo sobre la base del marco de referencia común que se delimite en este epígrafe.

⁴⁶⁴ LEVANON, "The Law of Police Entrapment: Critical Evaluation and Policy Analysis", *Criminal Law Forum*, vol. 27, núm. 1, pág. 38.

que ha delinquido “*previsiblemente hubiera cometido el delito sin la intervención policial*”⁴⁶⁵. Lo mismo podría decirse respecto a la provocación policial del TEDH. Los límites de ambas figuras se configuran directamente a partir de un pronóstico de peligrosidad del sujeto que ha cometido el delito. El ámbito de estas construcciones se delimita mediante la pregunta ¿hubiera delinquido dicho sujeto en circunstancias normales? Algo parecido ocurre con el *entrapment* inglés, canadiense y con la variante objetiva del norteamericano. Sin embargo, en estos casos el pronóstico de peligrosidad no va referido al sujeto que efectivamente ha delinquido, sino a una persona hipotética. Aquí la pregunta relevante es ¿hubiera delinquido un sujeto que no fuera peligroso en las circunstancias concurrentes? En otras palabras ¿son dichas circunstancias lo suficientemente extraordinarias como para lograr que una persona media delinca?

En cambio, otras construcciones no emplean en su delimitación ninguna referencia a la peligrosidad. Así, a la hora determinar si concurre un delito provocado resulta indiferente saber si el sujeto incitado previsiblemente hubiera cometido el mismo delito, o si la incitación era susceptible de persuadir a un sujeto que previsiblemente no hubiera delinquido⁴⁶⁶. Del mismo modo, cuando no existen sospechas previas, la apreciación de la *unzulässige Tatprovokation* o el *entrapment* canadiense no depende de ninguna clase de pronóstico de peligrosidad.

7.1.2. El criterio del estado mental

Por otro lado, las figuras analizadas pueden clasificarse según el *estado mental* que requieren por parte de quien ha delinquido. En el *entrapment* norteamericano se exige en todo caso que dicho sujeto no estuviera *predispuesto* al delito. Es decir, que se muestre renuente a su perpetración. De este modo, la insistencia que haya sido necesaria para persuadirlo se convierte en un factor relevante. En cambio, en la mayoría de figuras basta con que el sujeto no estuviera previamente *decidido* a ello⁴⁶⁷. Así, simplemente se excluyen de su ámbito aplicativo los casos en que él mismo toma la iniciativa delictiva⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, cit., pág. 230.

⁴⁶⁶ Al menos, si el ámbito aplicativo del delito provocado se delimita mediante sus elementos subjetivo, teleológico y material. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, en ocasiones la jurisprudencia española emplea —sin mencionarlo expresamente— el criterio de la peligrosidad del autor para estimar o rechazar la concurrencia de un delito provocado. Vid. al respecto el apartado 6.1.2 del capítulo II.

⁴⁶⁷ Aquí se incluirían todas aquellas construcciones que simplemente requieren que el delito traiga causa de una incitación o instigación.

⁴⁶⁸ Teóricamente, sería posible que un sujeto que no toma la iniciativa delictiva ya estuviera previamente decidido a delinquir cuando recibe la incitación de otro. Es decir, el sujeto pasivo de una incitación podría ser un *omnimodo facturus* aunque no tomara la iniciativa. De este modo, en rigor, las figuras a las que se alude en el texto también excluirían de su ámbito aplicativo los supuestos en que el autor, a pesar de no

La mayor o menor insistencia empleada para hacer que tome la decisión de delinquir resulta aquí irrelevante. Por último, cuando no concurren sospechas previas, el *entrapment* canadiense no se condiciona de ningún modo al estado mental del sujeto que delinque. Esta variante del *entrapment* puede ser apreciada aunque el sujeto que delinque ya estuviera previamente decidido a hacerlo e, incluso, tome la iniciativa para ello.

La diferencia entre los tres estados mentales referidos puede verse fácilmente a través de un ejemplo. Un policía de incógnito consigue que en un establecimiento de fotocopias lleven a cabo un delito contra la propiedad intelectual tras: a) insistir profusamente; b) solicitarlo como haría un cliente habitual; c) aceptar la oferta que el encargado le ha propuesto por su propia iniciativa. En la variante a) el sujeto que ha llevado a cabo el delito no estaría predispuesto. En cambio, en b) estaría predispuesto, aunque no previamente decidido. Finalmente, en c) el sujeto en cuestión ya estaría decidido a delinquir.

7.1.3. Una aclaración: peligrosidad y estado mental

A menudo, el criterio del estado mental se confunde con el de la peligrosidad⁴⁶⁹. Esto resulta comprensible, pues normalmente existe una correspondencia entre el estado mental de un sujeto y la peligrosidad que pueda predicarse de él. Así, por un lado, quien se encuentra decidido a delinquir suele ser peligroso. En este sentido, si alguien planea activamente cometer un delito resulta previsible que lo acabe llevando a cabo. Lo mismo ocurre en sentido inverso. Quien se muestra renuente ante una propuesta delictiva no

tomar la iniciativa, *ya estaba previamente decidido a cometer el concreto delito al que se le incita*. No obstante, en la práctica, probar dicha decisión —que solo se ha plasmado en el furo interno del autor— resulta poco menos que imposible. Prueba de ello es que nuestra jurisprudencia nunca ha dado por acreditado que el sujeto pasivo de una inducción fuera un *omnimodo facturus*. De forma más extensa sobre este problema vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, *El delito provocado*, cit., pág. 47. Para una crítica más amplia al propio concepto de *omnimodo facturus* vid. PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, pág. 45.

⁴⁶⁹ El caso más claro es el norteamericano, donde se emplea el término “predisposición” para referirse, por un lado, a un estado mental favorable al delito y, por el otro, a un pronóstico de peligrosidad. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia inglesa, que define el *entrapment* como una incitación policial al delito, pero luego emplea el criterio de la “oportunidad no excepcional” para delimitar su ámbito aplicativo, admitiendo que determinadas incitaciones constituyen oportunidades no excepcionales: “*en los casos en los que el delito implica una compra de bienes o servicios, como licor o cintas de video o un viaje en taxi, sería absurdo esperar que el comprador simulado espere en silencio una oferta. Basta con que haga lo que un comprador ordinario haría [para que no concurra entrapment]*”. En este sentido, R v. Looseley; Attorney General's Reference (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 69. Algo parecido sucede con la provocación policial del TEDH, que se define mediante los términos “incitación” o “instigación”, pero delimita materialmente su contenido mediante criterios que hacen referencia a la peligrosidad del autor como “*la familiaridad demostrada con los precios actuales de las drogas, la habilidad para obtenerlas con poca antelación, o la ganancia pecuniaria obtenida mediante la transacción*” (STEDH caso *Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 81). Por último, aunque la jurisprudencia española delimita el delito provocado exclusivamente a partir del criterio del estado mental —su elemento subjetivo requiere una incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir— a menudo suele introducir en sus valoraciones consideraciones propias del criterio de la peligrosidad. Vid. al respecto el apartado 6.1.2 del capítulo II.

acostumbra a ser peligroso. Si alguien necesita ser persuadido para cometer un delito, previsiblemente no lo llevará cabo.

No obstante, el estado mental de un sujeto no siempre concuerda con su peligrosidad. Ni todas las personas que se encuentran decididas a delinquir son peligrosas, ni todas las personas peligrosas están decididas a cometer un delito. El estado mental de un sujeto es solamente un *indicio* de su peligrosidad. Para determinar si resulta previsible que alguien hubiera delinquir también deben tomarse en consideración otras circunstancias. Así, por ejemplo, si un sujeto sin experiencia busca activamente una sustancia extremadamente difícil de obtener para fabricar una determinada droga, su pronóstico de peligrosidad puede ser negativo⁴⁷⁰. En tanto que resulta altamente improbable que encuentre dicha sustancia, su disposición subjetiva al delito no parece peligrosa. Si en un caso como este un policía le facilita el principio activo que está buscando, el sujeto en cuestión debería ser absuelto si lo determinante es su peligrosidad, pero no podría escapar del castigo si lo decisivo es que no se encuentre previamente decidido a delinquir. Lo mismo ocurriría en todos aquellos supuestos en los que la policía no toma la iniciativa, pero proporciona medios para la ejecución delictiva sin los cuales el delito previsiblemente no se hubiera podido cometer. Del mismo modo, si los planes delictivos de un sujeto dependen de la concurrencia de una circunstancia muy extraordinaria, dicho sujeto puede estar completamente decidido a delinquir pero, al mismo tiempo, no ser peligroso. En definitiva, un estado mental favorable al delito no implica en todo caso que su ejecución resulte previsible.

También puede ocurrir que un sujeto que se muestra renuente a aceptar una propuesta delictiva sea considerado peligroso. Es decir, que alguien con un estado mental contrario al delito previsiblemente vaya a llevarlo a cabo. La jurisprudencia americana ofrece un buen ejemplo de esta clase de situaciones⁴⁷¹. Imaginemos que una persona toxicómana condenada en numerosas ocasiones por traficar con drogas decide acudir a un programa de rehabilitación. Tras una de las sesiones, un informante de la policía le aborda de camino a casa suplicándole que le consiga una pequeña cantidad de droga. Después de varias negativas, y algunos minutos de insistencia, finalmente el sujeto sucumbe y decide proporcionarle la droga en orden a poder consumir él mismo una pequeña dosis. Pues bien, en este caso, el sujeto incitado no se encontraba predispuesto a delinquir. Estaba acudiendo voluntariamente a un tratamiento para desintoxicarse y solo aceptó la oferta del informante tras varios minutos de insistencia. Sin embargo, teniendo en cuenta las

⁴⁷⁰ Vid. YAFFE, "The Government Beguiled Me", cit., pág. 8.

⁴⁷¹ *Hampton v. U.S.*, 425 U.S. 484 (1976).

circunstancias, era previsible que en el curso normal de los acontecimientos hubiera acabado cometiendo un delito similar⁴⁷². El informante policial se comportó del mismo que suelen hacerlo las personas que acuden a un programa de rehabilitación y sufren una recaída. En tanto que esta clase de recaídas son estadísticamente frecuentes, resulta previsible que el sujeto en cuestión se hubiera encontrado con varias situaciones similares a lo largo de su proceso de desintoxicación. En este sentido, la oportunidad que le ofreció el informante no fue excepcional⁴⁷³. Por ello, si delinquiró ante una situación que previsiblemente iba a suceder en el futuro, lo más probable es que hubiera acabado delinquiendo aunque el informante no hubiera intervenido. Así, el sujeto podría ser considerado peligroso aunque fuera renuente a delinquir. En conclusión, un estado mental contrario al delito no implica necesariamente que su ejecución sea improbable.

7.1.4. El criterio de las sospechas

El tercer criterio que permite diferenciar las figuras examinadas es el de las *sospechas* que tuviera *ex ante* quien contribuye al delito. Por un lado, el *entrapment* norteamericano y el delito provocado consideran intrascendente este dato. En ambas construcciones, los motivos que conducen a la contribución delictiva resultan irrelevantes. Así, la elección al azar o de mala fe del sujeto al que se incita al delito no es un factor que deba tenerse en cuenta para apreciar el *entrapment* norteamericano o el delito provocado. En cambio, el resto de construcciones, en mayor o menor medida, se delimitan a partir del criterio de las sospechas previas. En la *unzulässige Tatprovokation* y en el *entrapment* canadiense, si la contribución al delito ha superado un determinado umbral de relevancia⁴⁷⁴, la ausencia de sospechas previas determina en todo caso la concurrencia de estas figuras. En la provocación policial y el *entrapment* inglés la falta de sospechas se considera un dato relevante, aunque no comporta *per se* su apreciación, pues su valoración se integra en un proceso de ponderación más amplio. En todo caso, para estas figuras la información que tuviera *ex ante* la policía resulta un factor determinante a la hora de valorar si el sujeto que ha delinquido debe ser absuelto.

Cabe destacar que las sospechas previas que tuviera quien contribuye al delito pueden estar fundadas y, al mismo tiempo, no corresponderse con la realidad. Es decir, una sospecha razonable *ex ante* puede quedar desmentida *ex post*. Las preguntas de ¿se

⁴⁷² YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 9.

⁴⁷³ Recuérdese que el principal criterio delimitador del *entrapment* inglés es el de la oportunidad “no excepcional”. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 23.

⁴⁷⁴ En la *unzulässige Tatprovokation* el umbral de relevancia lo marca el concepto de *Tatprovokation*. En el *entrapment* canadiense basta con proporcionar una oportunidad para cometer un delito.

hubiera cometido el delito igualmente? y ¿estaba el sujeto que ha delinquirido previamente decidido a hacerlo? tienen un contenido diferente a las de ¿concurrían previamente sospechas fundadas de que el delito se hubiera cometido igualmente? y ¿existían razones para sospechar *ex ante* que el sujeto que ha delinquirido estaba previamente decidido a hacerlo? Ambos grupos de preguntas obtendrán respuestas diferentes en dos casos: a) supuestos de sospecha razonable errónea y b) supuestos de sospecha irrazonable correcta⁴⁷⁵.

Los casos de *sospecha razonable errónea* se producirían cuando *ex ante* existen motivos fundados para creer que el delito se va a cometer igualmente y/o el sujeto al que se provoca estaba decidido a llevarlo a cabo, pero *ex post* se demuestra que la información en la que se basaban las sospechas era falsa. Por ejemplo, imaginemos que un policía recibe de varios confidentes dignos de confianza la información de que un sujeto se dedica a traficar con drogas⁴⁷⁶. En base a dichas sospechas fundadas, un policía de incógnito lo aborda y le solicita que le proporcione una pequeña cantidad de drogas. El sujeto en cuestión, que en realidad nunca había traficado con drogas, se ve tentado por la oferta y acude a un amigo suyo para poder subministrársela. Tras su detención por tráfico de drogas, la policía se percató de que los confidentes consultados se habían puesto de acuerdo en mentir para perjudicarlo. En este caso, la policía tenía *ex ante* sospechas fundadas acerca de que el sujeto detenido estaba decidido a delinquir y lo hubiera hecho igualmente de no haber intervenido. Sin embargo, *ex post* se demuestra que esto no es así. Mientras que el primer grupo de preguntas debería responderse de forma negativa, el segundo debería ser contestado afirmativamente.

Los supuestos de *sospecha irrazonable correcta* tienen la estructura inversa. Esto es, *ex ante* no existen sospechas razonables para creer que el delito se va a cometer igualmente y/o el sujeto al que se provoca estaba decidido a llevarlo a cabo, pero *ex post* se demuestra que esto efectivamente era así. Por ejemplo, ante un simple prejuicio basado en la vestimenta de un individuo, un agente de policía decide abordarlo para preguntarle si puede subministrarle una pequeña cantidad de droga. El sujeto en cuestión, que efectivamente se dedicaba al tráfico de drogas, lo lleva hasta su casa para entregarle una dosis de la sustancia solicitada que ya tenía pesada y preparada para ser vendida. Aquí, la actuación de la policía no trae causa de una sospecha razonable que permita inferir que el delito se iba a cometer de todos modos y/o que el sujeto abordado estaba decidido a

⁴⁷⁵ REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 162. Obviamente, si la sospecha es irrazonable e incorrecta, o si es razonable y correcta, las respuestas a ambos grupos de preguntas serán idénticas.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

llevarlo a cabo. No obstante, a la vista de las circunstancias descubiertas *ex post*, puede concluirse que esto efectivamente era así. En este caso, el primer grupo de preguntas deberían responderse de forma afirmativa, mientras que el segundo debería ser contestado negativamente.

Según si se prioriza la visión *ex ante* o la visión *ex post*, los supuestos de sospecha razonable errónea y los de sospecha irrazonable correcta deberían resolverse de distinta forma. En este sentido, con el *entrapment* norteamericano y el delito provocado los casos de sospecha razonable errónea deberían conducir a la absolución, y los supuestos de sospecha irrazonable correcta al castigo del sujeto que ha delinquido. En cambio, con la *unzulässige Tatprovokation* y el *entrapment* canadiense la solución debería ser la contraria. La falta de sospechas fundadas *ex ante* debería comportar la impunidad y la concurrencia de las mismas —por mucho que *ex post* se demuestren incorrectas— acarrearía la condena de quien ha cometido el delito⁴⁷⁷. Por otro lado, con la provocación policial y el *entrapment* inglés la solución de ambos supuestos se supeditaría a un proceso de ponderación más amplio que no puede ser resuelto *a priori*.

En todo caso, resulta evidente que condicionar la absolución del sujeto que ha delinquido a la existencia de sospechas fundadas *ex ante* presupone que el motivo de su impunidad tiene que ver la ilegitimidad de la actuación que le ha conducido al delito. En este sentido, pueden encontrarse claras similitudes entre el criterio de las sospechas y las exigencias asociadas a ciertas actuaciones policiales. Del mismo modo que un cacheo sin motivo justificado puede conducir a la nulidad de las pruebas obtenidas mediante el mismo⁴⁷⁸, la contribución policial a un delito que no trae causa de sospechas previas debería comportar la impunidad de quien ha delinquido. De acuerdo con este criterio, lo que parece estar en juego en estos casos es la vulneración de algún derecho de quien acaba delinquiendo.

Adviértase que en la provocación policial del TEDH y en el *entrapment* inglés se tiene en cuenta la adecuada *supervisión judicial* de las sospechas previas para delimitar su ámbito aplicativo. De este modo, se hacen todavía más palpables las similitudes entre el criterio de las sospechas y determinadas actuaciones policiales vulneradoras de derechos fundamentales⁴⁷⁹. El caso más extremo sería el de Uruguay, que exige en todo caso una

⁴⁷⁷ Siempre que la incitación policial al delito no haya alcanzado tal peso que la aportación del autor pase a un segundo plano —en el caso de la *unzulässige Tatprovokation*— o sea tan tentadora como para poder persuadir a una persona media —en el caso del *entrapment* canadiense—.

⁴⁷⁸ STSJ Castilla-La Mancha —sección 2ª— 934/1999, de 2-11.

⁴⁷⁹ Además, al igual que ocurre con las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, en el *entrapment* inglés se tiene en cuenta para su apreciación la naturaleza del delito cometido y las dificultades existentes para su persecución. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 26.

autorización judicial que plasme las sospechas que motivan el operativo policial. Aquí, la provocación de un delito por parte de la policía sería completamente equiparable a una intervención telefónica o una entrada y registro. La limitación del derecho fundamental afectado por la actuación policial solo resultaría admisible si un juez lo autoriza en base a motivos fundados.

7.1.5. El criterio de la condición personal

El cuarto criterio que permite diferenciar las figuras analizadas es el de la *condición personal* del sujeto que contribuye al delito. Aquí, la construcción jurisprudencial del delito provocado se distingue del resto de figuras. En el delito provocado la condición personal del sujeto que incita al delito es intrascendente. Dicho sujeto puede ser un policía, un confidente policial o, incluso, un particular sin conexión alguna con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En cambio, el resto de construcciones expuestas requieren en todo caso que la contribución al delito sea llevada a cabo por un agente del estado o una persona que actúe bajo sus instrucciones. De esta manera, únicamente el delito provocado permite que la incitación de un detective privado, periodista o, simplemente, un particular que no actúa en connivencia con la policía, comporte la impunidad del sujeto que ha delinquido a causa de ella⁴⁸⁰.

7.1.6. El criterio del riesgo para el bien jurídico

El quinto criterio tiene que ver con la efectiva puesta en peligro del *bien jurídico* protegido mediante el delito realizado. Aquí cambian completamente las tornas respecto al criterio anterior. Mientras que el delito provocado requiere expresamente que la conducta delictiva no afecte al bien jurídico protegido, el resto de figuras no contienen ninguna clase de exigencia similar. Todas estas construcciones deberían comportar la impunidad de un sujeto que, instigado por la policía, consuma un delito contra la vida o integridad física de un tercero. En cambio, el delito provocado no podría apreciarse en estos supuestos por no concurrir su elemento material.

Obviamente, no resulta nada frecuente que un policía instigue a un delito y, antes de proceder a la detención, permita (dolosa o imprudentemente) que el bien jurídico protegido sea lesionado⁴⁸¹. Sin embargo, esta posibilidad no puede estimarse irrelevante. Muestra de ello es que, en gran parte, la discusión jurisprudencial alemana sobre las

⁴⁸⁰ No obstante, recuérdese que en la DTEDH *caso Shannon v. United Kingdom*, de 6-4-2004, el TEDH deja la puerta abierta a la posibilidad de apreciar una provocación policial en delitos instigados por un particular que no actúa bajo instrucciones policiales.

⁴⁸¹ Similar, DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 134.

consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation* venía motivada por las inaceptables implicaciones que comportaría absolver al sujeto incitado por un policía cuando lesiona la vida o integridad física de un tercero⁴⁸². A pesar de que el policía pueda ser castigado en estos casos, no parece de recibo que se desproteja al tercero lesionado dejando impune al sujeto incitado.

Imaginemos que un policía de incógnito le ofrece una importante recompensa a un sujeto a cambio de acabar con la vida de un tercero. El policía en cuestión tiene un operativo preparado para evitar que el delito de homicidio al que está instigando pueda consumarse. No obstante, por algún imponderable, el sujeto que ha recibido la recompensa se entera de que la persona que se la ha entregado es un policía. Pues bien, desde ese momento, dicho sujeto sabrá que puede matar al tercero sin consecuencias. En tanto que ha sido instigado a ello por un policía, la posterior ejecución delictiva le “saldrá gratis”. Si logra superar las medidas de protección establecidas por la policía —que no son infalibles y están diseñadas para atraparlo por sorpresa— podrá matar impunemente al tercero. Si el criterio de la lesión del bien jurídico no tiene ninguna relevancia, *a priori* resulta muy complicado excluir que terceros puedan quedar desprotegidos por el Derecho penal a causa de una instigación policial⁴⁸³.

De todos modos, el policía que instiga a un delito que posteriormente lesiona el bien jurídico protegido no siempre será castigado. A estos efectos, merecen ser diferenciados dos grupos de casos: a) el policía perseguía desde el principio la lesión del bien jurídico; b) el policía pretendía evitar la lesión del bien jurídico pero finalmente no lo consigue⁴⁸⁴.

⁴⁸² BGHSt 45, 321, en relación al impedimento procesal (“*Verfahrenshindernis*”), la pérdida del derecho estatal a castigar (“*Verwirkung des staatlichen Strafanspruch*”, y la causa de exclusión de la pena (“*Strafausschließungsgrund*”). Vid. también C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 312, afirmando que este planteamiento obligaría a absolver al asesino de John F. Kennedy (si se acreditara que dicho asesinato fue inducido por algún agente estatal). Por otro lado, esta preocupación también parece tener un peso especialmente relevante en el posicionamiento de MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 154.

⁴⁸³ El ejemplo propuesto tiene ciertas similitudes con el que el plantea el BGH para descartar que la *unzulässige Tatprovokation* pueda comportar una causa de exclusión de la pena (BGHSt 45, 321, párr. 26). Recuérdese que el tribunal alemán aludía a los casos de soldados y funcionarios estatales que cometen un delito por orden de un superior para argumentar que resultaría inasumible absolverlos por haber sido objeto de una “inducción estatal” (y por ello tampoco podría ser admisible que la *unzulässige Tatprovokation* comportara la impunidad del sujeto instigado). Sin embargo, como en su día puso de manifiesto TASCHKE, “*Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?*”, cit., pág. 17, la comparación del BGH no es convincente. En el caso de los soldados y funcionarios estatales que delinquen por orden de sus superiores, el Estado no actúa de modo contradictorio y malicioso como en la *unzulässige Tatprovokation*, pues el superior que emite la orden antijurídica no pretende obtener con ello el castigo de su subordinado. En cambio, el ejemplo planteado en el texto supera la objeción de TASCHKE, pues el policía que instiga al asesinato sí interviene de modo contradictorio y malicioso, con independencia de que el sujeto que recibe la recompensa posteriormente advierta su engaño.

⁴⁸⁴ DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Hart, Oxford, 2007, pág. 245.

En el supuesto a) lo normal es que el policía responda penalmente. Sin embargo, en caso b) esto no tiene por qué ser así. Si la lesión del bien jurídico no era previsible o, siendo previsible, no existe un tipo imprudente que permita castigar su contribución a la lesión, el policía permanecerá impune.

Por último, cabe señalar que la versión del *entrapment* objetivo propuesta por el *Model Penal Code* también hace referencia al criterio del bien jurídico⁴⁸⁵. No obstante, su contenido es mucho más reducido que el elemento material del delito provocado. De acuerdo con el *Model Penal Code* no podrá apreciarse *entrapment* si el delito incitado atenta contra la integridad, vida o libertad de una persona diferente a la que llevo a cabo la incitación⁴⁸⁶. En cualquier otro delito, la lesión del bien jurídico protegido no excluirá el *entrapment*. Así, por ejemplo, si la policía incita a un delito de tráfico de drogas sin controlar de ningún modo que las sustancias no vayan a parar a manos de los consumidores —permitiendo de este modo la afectación a la salud pública— el sujeto incitado podría ser absuelto sin ningún problema. En cambio, en este mismo caso debería descartarse la concurrencia de un delito provocado. En este sentido, el elemento material del delito provocado excluye la impunidad del sujeto incitado en cualquier delito que haya puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Sin embargo, resulta interesante destacar que existe un supuesto en el que la versión del *entrapment* objetivo del *Model Penal Code* comportaría la absolución y, en cambio, la doctrina del delito provocado conduciría al castigo de quien ha delinquido. Se trata del caso en el que un policía provoca a un sujeto para que le lesione —por ejemplo, insultándolo gravemente— con el objetivo de detenerlo posteriormente por ese delito consumado. Aquí el delito provocado no podría aplicarse porque el bien jurídico “integridad física” ha quedado efectivamente lesionado. En cambio, el *entrapment* objetivo podría apreciarse debido a que el delito consumado no ha atentado contra la integridad *de una persona diferente a la que llevo a cabo la incitación*.

7.2. Dos puntos en común

El ámbito aplicativo común a todas las figuras analizadas es mucho más reducido que aquel que no comparten. Dicho ámbito común queda delimitado solamente por dos

⁴⁸⁵ En *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 451 (1932) se insinúa *obiter dicta* que el *entrapment* subjetivo también podría tener un límite similar. No obstante, en ninguna sentencia posterior se desarrolla esta idea.

⁴⁸⁶ *Model Penal Code* § 2.13.3 (1985): “la defensa reconocida por esta sección no estará disponible cuando la amenaza de causar o el causar daño corporal sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrapamiento”. Traducción de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, cit., pág. 245.

elementos: una *contribución a un delito* y la *finalidad de obtener el castigo de su autor*. Estos dos requisitos son los únicos que comparten todas las construcciones expuestas.

En primer lugar, todas las figuras requieren que se lleve a cabo una *contribución* a un delito. Es decir, que se favorezca de un modo u otro la ejecución delictiva de un sujeto. La expresión mínima de este requisito se plasma en el *entrapment* canadiense cuando exige —en el caso de que no concurren sospechas previas— que por lo menos se proporcione una oportunidad para el delito. El resto de requisitos asociados a dicha contribución no son comunes a todas las figuras expuestas. Aunque algunas de ellas vinculen el favorecimiento del delito a un pronóstico de *peligrosidad*, otras como el delito provocado no lo hacen. A pesar de que la mayoría de construcciones requieren que la contribución se plasme en una incitación o instigación —esto es, que el sujeto que delinque no estuviera previamente decidido a delinquir— el *entrapment* canadiense no se condiciona de ningún modo al *estado mental* de dicho sujeto. Pese a que muchas figuras exigen que el favorecimiento del delito traiga causa de *sospechas* fundadas *ex ante*, varias de ellas prescinden completamente de una exigencia similar. Lo mismo ocurre respecto a la *condición personal* del sujeto que lleva a cabo la contribución al delito: mientras que la mayoría de construcciones requieren que sea un funcionario público, el delito provocado estima este dato intrascendente. Por último, aunque en el delito provocado y en alguna variante del *entrapment* objetivo el delito que se favorece no debe *afectar al bien jurídico* protegido, el resto de figuras no contienen una exigencia similar. En definitiva, el único comportamiento que es común a todas estas construcciones es el de contribuir a la comisión de un delito.

No obstante, en todas las figuras examinadas, la contribución al delito debe perseguir una determinada *finalidad*. En concreto, la de obtener el *castigo* del sujeto que comete el delito favorecido⁴⁸⁷. Si simplemente se facilita una infracción para ayudar a su autor, sin pretender con ello su represión, no podrá aplicarse ninguna de las construcciones expuestas. Por ello, el segundo elemento común a todas ellas es que, mediante la contribución, debe perseguirse el castigo del sujeto que comete el delito.

Este es el común denominador de las construcciones que se han analizado: en todas ellas se exige que *un sujeto contribuya a que otro cometa un delito con el propósito de lograr su castigo*.

⁴⁸⁷ Este requisito se plasma de manera explícita en el delito provocado —en concreto, en su elemento teleológico— y de forma implícita en el resto de construcciones cuando exigen que la contribución al delito sea llevada a cabo por un policía o una persona que actúe bajo sus instrucciones.

7.3. Diferencias en las consecuencias

Al margen de sus límites, las consecuencias asociadas a las figuras expuestas también guardan importantes diferencias entre sí. Dichas consecuencias pueden clasificarse del siguiente modo: a) causas de atipicidad⁴⁸⁸; b) causas de exclusión de la pena⁴⁸⁹; c) impedimentos procesales⁴⁹⁰; d) nulidades probatorias⁴⁹¹.

Las construcciones que comportan la atipicidad de la conducta favorecida *niegan la existencia de un injusto* —con lo que ello implica a nivel de participación, legítima defensa, responsabilidad civil, etc.— mientras que el resto de figuras *admiten que se ha llevado a cabo un delito*, pero niegan su punibilidad, perseguibilidad o la posibilidad de acreditarlo mediante pruebas lícitas. Teniendo en cuenta sus repercusiones jurídico-penales, esta parece ser la diferencia más relevante entre las consecuencias asociadas a las figuras expuestas.

En cambio, la diferencia entre causas de exclusión de la pena e impedimentos procesales es meramente sistemática⁴⁹². Las primeras pertenecerían, junto a las causas de atipicidad, al ámbito del *Derecho penal material* y, en cambio, las segundas serían propias, al igual que las nulidades probatorias, del *Derecho procesal*. Más allá de delimitar los respectivos ámbitos disciplinares, esta diferencia no parece particularmente relevante.

Por último, las figuras que comportan una nulidad probatoria *impiden sancionar las infracciones descubiertas* mediante el delito favorecido. En este sentido, los efectos de una nulidad probatoria deben extenderse a todas las evidencias obtenidas mediante el acto que la fundamenta. En cambio, las consecuencias que comportan el resto de construcciones *permiten castigar cualquier otra infracción* distinta a la favorecida. La atipicidad de una conducta, su no punibilidad, o la imposibilidad de enjuiciarla, no afectan al eventual castigo de otra infracción diferente que se haya puesto de manifiesto gracias a la misma.

⁴⁸⁸ Este sería el caso del delito provocado si se fundamenta con el argumento de la voluntariedad o con el de la peligrosidad. Del mismo modo, también podría incluirse aquí el *entrapment* subjetivo.

⁴⁸⁹ Aquí quedaría incluida la regulación legal de Uruguay y la versión de la *unzulässige Tatprovokation* propuesta por la 5ª Sala penal del BGH (StV 1984, 58).

⁴⁹⁰ Esta sería la categoría sistemática más común, pues comprendería el *entrapment* inglés y el canadiense, la regulación legal austriaca y la versión de la *unzulässige Tatprovokation* sostenida actualmente por la 2ª Sala penal del BGH (NStZ 2016, 52).

⁴⁹¹ Como en el caso de la provocación policial del TEDH y del delito provocado cuando se fundamenta con el argumento de la prueba nula.

⁴⁹² En profundidad sobre esta diferencia vid. MENDES DE CARVALHO, “Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal”, RECPC, núm. 7, 2005, págs. 5 y ss.

7.4. Una consecuencia común

Con independencia de cómo se fundamente, todas las figuras expuestas tienen una consecuencia común: *la impunidad de la infracción que ha sido favorecida con el propósito de castigar a su autor*⁴⁹³. En ocasiones dicha impunidad se sustenta negando su propio carácter de infracción. Otras veces simplemente se niega su punibilidad, su perseguibilidad, o la posibilidad de acreditarla mediante pruebas lícitas. En todo caso, el punto en el que coinciden todas las construcciones es negar que el delito al que se ha contribuido deba ser castigado.

⁴⁹³ Aunque en la jurisprudencia alemana todavía sigue abierto el debate acerca de las consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation*, la última sentencia de la 2ª Sala penal del BGH (NStZ 2016, 52) parece alinearse con el resto de construcciones al defender la impunidad del sujeto incitado en base a un impedimento procesal (“*Verfahrenshindernis*”).

8. Conclusiones parciales

En el ámbito internacional existen numerosas figuras de contenido análogo al del delito provocado. La fundamentación y delimitación de las mismas resulta especialmente problemática. Por un lado, los argumentos que las sustentan rara vez pueden explicar sus correspondientes límites. Por el otro, la configuración de su ámbito aplicativo acostumbra a ser notablemente difusa.

El principal objetivo de este capítulo era delimitar un marco de referencia común a las construcciones expuestas. Mediante la comparación de sus respectivos límites se ha puesto de manifiesto que todas ellas tienen dos elementos en común: *la contribución a un delito con la finalidad de que su autor sea castigado*. Además, la estimación de cualquiera de ellas comporta la misma consecuencia: *la impunidad del sujeto que ha delinquido*. Esta será la base sobre la cual se articularán los siguientes capítulos de este trabajo.

Los distintos argumentos que tratan de fundamentar las construcciones analizadas constituyen diferentes respuestas a la pregunta de: ¿por qué razón debería absolverse a algunos sujetos que cometen un delito favorecido por alguien que pretende obtener su castigo? Cada una de dichas respuestas debería delimitar un ámbito de impunidad distinto. Así, algunas de ellas condicionarían la impunidad a la peligrosidad del autor, a su estado mental, a las sospechas previas que tuviera quien contribuye al delito, a la condición personal de este último, o a la lesividad de la conducta realizada. Del mismo modo, la respuesta en cuestión determinaría si dicha impunidad se basa en la inexistencia de un injusto, en la imposibilidad de sancionarlo, enjuiciarlo o probarlo y, además, si sus efectos deben extenderse a otras infracciones distintas a la favorecida. En última instancia, el objetivo de este trabajo es encontrar una respuesta satisfactoria a esta pregunta, que explique la intuición que subyace a todas estas construcciones y, sobre todo, que permita delimitar con claridad el ámbito de conductas que deberían quedar impunes.

No obstante, para poder avanzar, resulta necesario integrar el marco de referencia común que se acaba de delimitar en un determinado *concepto operativo*. Mejor, en dos. Dichos conceptos recibirán la denominación de “agente provocador” y “sujeto provocado”.

IV. EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR

1. El agente provocador y el sujeto provocado como bases metodológicas

Tras el análisis comparado de las figuras expuestas en el capítulo anterior se ha llegado a la conclusión de que todas ellas tienen dos elementos en común. El primero de ellos requiere que un sujeto contribuya a que otro cometa un delito. El segundo exige que dicho sujeto persiga, mediante su contribución, el castigo de quien delinque. Este es el marco de referencia que todas las construcciones examinadas comparten.

Por supuesto, el ámbito que delimitan los dos elementos mencionados no se corresponde con los concretos límites de ninguna de las construcciones expuestas anteriormente. El delito provocado, el *entrapment* (en cualquiera de sus variantes), la provocación policial o la *unzulässige Tatprovokation*, tienen un ámbito aplicativo mucho más reducido. Todas estas figuras, además de requerir una contribución dirigida a obtener el castigo de quien delinque, exigen algún requisito adicional para poder ser apreciadas. Por ello, ninguno de dichos conceptos sirve para aludir al marco de referencia común que se ha delimitado. Si este ha de recibir alguna denominación, necesariamente deberá ser otra distinta.

En aras a la claridad expositiva, en este trabajo se emplearán los conceptos de *agente provocador* y *sujeto provocado* para delimitar el conjunto de supuestos que reúnen los dos elementos mentados. Es decir, todos aquellos en que un sujeto contribuye a que otro delinca con el propósito de lograr su castigo. De este modo, agente provocador será *cualquier sujeto que contribuya a que otro cometa un delito con el propósito de lograr su castigo*. En cambio, sujeto provocado será *aquel cuyo castigo trata de conseguir el agente provocador mediante su contribución*. Así, ambos conceptos delimitarán el mismo conjunto de supuestos, aunque hagan referencia a sujetos distintos. Para que alguien pueda ser calificado como agente provocador será necesario que otro sea considerado sujeto provocado, y viceversa. En este sentido, ambos conceptos están entrelazados, pues cada uno de ellos constituye el espejo del otro.

De esta manera, los conceptos de agente provocador y de sujeto provocado representarán el común denominador de todas las figuras expuestas. En cualquiera de los supuestos que abarcan dichas figuras actuará un agente provocador y un sujeto provocado. Así, los distintos límites y fundamentos de las construcciones analizadas constituirán diferentes respuestas a las preguntas de: ¿cuándo debe permanecer impune el sujeto provocado?, y ¿por qué debe permanecer impune el sujeto provocado en dichos supuestos? De acuerdo con este marco conceptual, el objetivo del presente trabajo puede ser reformulado en los

siguientes términos: *determinar por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado.*

No obstante, antes de fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado se abordará, de forma meramente instrumental, una cuestión previa. Esta es, la de *cuándo debe responder penalmente el agente provocador.* La razón por la que se procederá de este modo es sencilla: desde mi punto de vista, el problema sobre el castigo del sujeto provocado no puede comprenderse sin hacer referencia a la responsabilidad del agente provocador. Si al agente provocador se le castigara en todo caso —por contribuir a la comisión de un delito— resulta dudoso que la jurisprudencia (española y extranjera) hubiera sentido la necesidad de tratar de fundamentar la impunidad del sujeto provocado. En este sentido, es sintomático que no se haya logrado encontrar ninguna sentencia que condene a un agente provocador en un caso en el que se haya apreciado alguna de las figuras —delito provocado, *entrapment*, *unzulässige Tatprovokation*, etc.— que determinan la impunidad del sujeto provocado⁴⁹⁴. Creo que este dato no es casual. En mi opinión, las preguntas de cuándo debe responder penalmente el agente provocador y cuándo debe ser castigado el sujeto provocado están entrelazadas. Por ello, para poder contestar a la segunda previamente se tratará de ofrecer una respuesta a la primera.

En todo caso, antes de proceder al análisis de la responsabilidad del agente provocador, conviene aclarar algunas cuestiones de índole metodológico y conceptual. En primer lugar, se pondrá de relieve que la doctrina jurídico-penal ha delimitado el concepto de agente provocador de formas muy distintas y, frecuentemente, con objetivos diferentes al que se persigue en este trabajo. Por ello, será necesario justificar por qué resulta adecuado delimitar dicho concepto de la manera que aquí se ha hecho y, además, emplearlo para los fines (metodológicos) expuestos. En segundo lugar, se delimitarán otros conceptos de contornos similares al de agente provocador —con los que frecuentemente se

⁴⁹⁴ Vid. SOMMER, “Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur“, JR, núm. 12, 1986, pág. 485; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 407; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 28; GARCÍA VALDÉS, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 18. En todo caso, la impunidad del agente provocador en estos casos no puede atribuirse al principio de accesoriidad limitada de la participación. Recuérdese que la mayoría de figuras que determinan la absolucióndel sujeto provocado se fundamentan en motivos procesales y, por ello, no niegan la existencia del injusto principal que podría permitir hacer responder al agente provocador como partícipe. Además, la contribucióndel delito que presta el agente provocador, en caso de ser típica, puede constituir perfectamente una conducta de autoría —piénsese en un supuesto de tráfico de drogas— y, en consecuencia, no requerir que el sujeto provocado realice injusto alguno para poder hacer penalmente responsable al agente provocador.

confunden— para, a continuación, deslindarlos y poner de manifiesto sus puntos de convergencia. A estos dos propósitos se dedicará el presente capítulo.

2. El concepto de agente provocador en la doctrina

Mediante el concepto de agente provocador la doctrina trata de delimitar un problema. Esto es, un objeto de investigación⁴⁹⁵. Lo más frecuente es que la definición de este concepto preceda a cualquier análisis acerca de la cuestión que delimita. Así, si se pretende determinar la responsabilidad penal en que puede incurrir el agente provocador, como presupuesto necesario a dicho pronunciamiento deberá aclararse qué se entiende por agente provocador. Del mismo modo, si lo que se pretende averiguar es qué consecuencias tiene la actuación de un agente provocador sobre la responsabilidad del sujeto al que aborda —al que la doctrina suele denominar autor provocado⁴⁹⁶ o sujeto provocado⁴⁹⁷— deberá definirse previamente en qué consiste dicha actuación. En cualquiera de los dos casos, la delimitación del concepto de agente provocador constituye el presupuesto de la investigación y, por ello, acostumbra a situarse al comienzo de la misma. No obstante, como resulta evidente, esta no ha sido la orientación metodológica por la que se ha optado en este trabajo. Más adelante se dará cuenta de las razones de ello. De momento, se expondrán sucintamente los distintos conceptos de agente provocador que maneja la doctrina jurídico-penal.

Lo primero que debe ponerse de manifiesto es que la delimitación del concepto de agente provocador no resulta, ni mucho menos, una cuestión pacífica. El concepto de agente provocador no viene definido legalmente. Además, en la literatura jurídico-penal no ha logrado consolidarse una definición de esta figura⁴⁹⁸. De hecho, existen casi tantas definiciones de agente provocador como posicionamientos doctrinales sobre de su responsabilidad. Únicamente dos elementos parecen comunes a (casi) todas ellas: 1) el

⁴⁹⁵ En el mismo sentido, KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 13, señala que la definición de este concepto es solo pragmática y provisional para delimitar el objeto de investigación.

⁴⁹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 111.

⁴⁹⁷ RUIZ ANTÓN, “Del agente provocador y del delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Problemas de autoría*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 356. La doctrina alemana suele referirse a dicho sujeto como “Zielperson”. Vid. VON DANWITZ, *Staatliche Straftatbeteiligung*, Kovac, Hamburg, 2005, pág. 1; DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, pág. 27; SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 32.

⁴⁹⁸ SOMMER, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1987, pág. 1, afirma que en la delimitación de este concepto reina una gran inseguridad y que a pesar de los muchos intentos de definición no se ha logrado una configuración consolidada del mismo. En el mismo sentido, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 10, advierte de la gran confusión que reina en la doctrina jurídico-penal en la delimitación del concepto de agente provocador. En términos parecidos se expresan MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 33; ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, RDPC, núm. 22, 1984, pág. 7; MARTIN, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs, Verdeckten Ermittlers, der V-Person und des Informanten wegen ihrer Tätigkeiten durch die Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und geheimdienstlichen Behörden“, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, núm. 2, 2014, pág. 119.

agente provocador persigue la *finalidad* de que otro sea castigado; 2) el agente provocador se caracteriza por llevar a cabo una determinada clase de *comportamiento*.

El primer elemento característico del agente provocador es la *finalidad* con la que actúa. Dicha finalidad consiste en conseguir que otro sujeto sea penalmente sancionado⁴⁹⁹. Este parece ser el principal punto de coincidencia de (casi) todas las definiciones de agente provocador⁵⁰⁰. El agente provocador persigue como objetivo inmediato⁵⁰¹ la imposición de una *pena*. Este elemento teleológico excluye de su ámbito conceptual todas aquellas actuaciones dirigidas a infligir otra clase de males sobre un tercero. Así, aunque el término agente provocador pueda evocar a ello, la provocación de una agresión con el único fin de lesionar o matar en legítima defensa a su autor queda al margen de este concepto⁵⁰².

El segundo elemento conceptual en el que parece mediar consenso es que el agente provocador debe su nombre al *comportamiento* que realiza⁵⁰³. El concepto de agente provocador describe por tanto una determinada acción y no una cualidad del sujeto que la realiza⁵⁰⁴. Esto significa que *cualquier sujeto* puede actuar como agente provocador. No es necesario un determinado estatus previo para ello. La actuación propia de un agente

⁴⁹⁹ Algunos autores exigen que dicho sujeto —el sujeto provocado— sea un “sospechoso” (“*Verdachtigen*”). Vid. la definición de agente provocador que ofrecen DEITERS, “*Straflosigkeit des agent provocateur?*”, JuS, núm. 4, 2006, pág. 302, o RÖNNAU, “*Agent provocateur*”, JuS, núm. 1, 2015, pág. 19. Mediante esta exigencia se limita el alcance del elemento teleológico que define al agente provocador: únicamente será agente provocador quien persiga el castigo de un sospechoso.

⁵⁰⁰ SOMMER, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, cit., pág. 2, indica que en todas las definiciones de agente provocador se caracteriza al mismo por su intención de hacer al autor penalmente responsable. No obstante, de forma aislada algún autor prescinde de dicha finalidad para definirlo. Vid. en este sentido MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1986, págs. 37 y 38; STRATENWERTH, “*Der agent provocateur*”, MDR, núm. 12, 1953, pág. 717. Este último autor incorpora posteriormente en su manual dicha finalidad en la definición de agente provocador. Así, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht allgemeiner Teil*, 6ª ed., Vahlen, München, 2011, pág. 256.

⁵⁰¹ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 52, hace hincapié en que aquello que define al agente provocador es el objetivo inmediato o fin que persigue, y no los móviles que le llevan a actuar. Según este autor “*el objetivo o el fin (inmediato o directo) perseguido por el acto humano es siempre de naturaleza consciente y consiste en la representación de un resultado. A través de este objetivo inmediato, se alcanza el objetivo final, conceptualmente distinto al primero. Entre uno y otro existe una relación de medio a fin. Diferente es la noción de móvil. El móvil por obra del cual actúa un sujeto es la causa psíquica del acto humano (pasión, venganza, odio...) y lo que les diferencia fundamentalmente de la noción de objetivo (inmediato), es el carácter afectivo que poseen*”. El objetivo o la finalidad de un acto responde a la pregunta ¿para qué ha actuado?, en cambio el móvil hace referencia al porqué de su actuación. Las causas psíquicas que llevan al agente provocador a actuar resultan indiferentes para su delimitación conceptual, lo único que es relevante a estos efectos es el objetivo que persigue: conseguir que otro sujeto sea penalmente sancionado.

⁵⁰² En el mismo sentido, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 54.

⁵⁰³ Así, MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 34, señala que la provocación es el comportamiento al que le debe el nombre el agente provocador.

⁵⁰⁴ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 33.

provocador puede ser realizada por un funcionario del Estado, un colaborador policial, o un simple particular⁵⁰⁵.

El consenso desaparece cuando se trata de concretar en qué consiste el comportamiento que caracteriza al agente provocador. El único punto común de todas las definiciones es que dicho comportamiento supone el *favorecimiento de un delito*⁵⁰⁶. El agente provocador pretende conseguir que el sujeto provocado se haga penalmente responsable favoreciendo la comisión de una infracción penal. Los desacuerdos aparecen a la hora de determinar en qué consiste dicho favorecimiento y qué es aquello que se pretende favorecer. Así, las discrepancias pueden dividirse en dos ámbitos. Por un lado, se discute si el favorecimiento debe constituir necesariamente en una *incitación* a delinquir, o si puede abarcar también otras clases de *contribución* a la comisión de un delito. Por otro lado, con independencia de lo anterior, se debate si dicho favorecimiento puede ir dirigido a *cualquier estructura típica*, o únicamente a *tentativas o infracciones que no pongan en riesgo el bien jurídico protegido*.

Así pues, el primero de los puntos controvertidos consiste en determinar *cómo* favorece el agente provocador la infracción penal del sujeto provocado. Tradicionalmente la doctrina limitaba la conducta característica del agente provocador a *incitaciones* a delinquir. En este sentido, resulta frecuente encontrar definiciones de agente provocador que se refieren a su conducta mediante los verbos incitar, instigar, provocar, inducir, o a través de los sustantivos incitador, instigador, provocador o, incluso, inductor⁵⁰⁷. De

⁵⁰⁵ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 61, considera reconocido de forma unánime que el problema del agente provocador no queda limitado a las actuaciones de la policía. No obstante, es posible encontrar algunos autores que circunscriben el ámbito conceptual del agente provocador a las acciones que llevan a cabo policías o, al menos, particulares que colaboren con ellos. Así, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 8; DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, cit., pág. 302; SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, cit., pág. 32; EIDAM, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur”, en *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2017, pág. 774.

⁵⁰⁶ De este modo, quedan extramuros del concepto de agente provocador aquellas actuaciones tendentes a conseguir el castigo de un sujeto que no ha cometido un delito (por ejemplo, presentar pruebas falsas para obtener una condena). Aunque la finalidad que se persigue en estos casos sea la misma que pretende el agente provocador, el comportamiento mediante el cual se trata de lograr no consiste en favorecer un delito.

⁵⁰⁷ Por ejemplo, DOPFFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent provocateur*, Kohlhammer, Stuttgart, 1899, pág. 3, considera que es agente provocador quien *incita* a otro a una acción punible para detenerle tras el comienzo de la ejecución. FRISTER, *Derecho penal Parte general*, 4ª ed., 2009, trad. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 645, dice que actúa como agente provocador el que *instigase* a otro con la esperanza segura de que aquel sea aprehendido al intentar el hecho aun antes de su consumación. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, pág. 116, define el agente provocador como aquel que *provoca* a otro al delito para asegurarse con mayor facilidad y seguridad la prueba, sorprenderle en flagrante delito y hacerle punir. PAGLIARO/ARDIZZONE, *Sommario Del Diritto Penale Italiano*, 2. ed., Giuffrè, Milano, 2006, pág. 309, se refieren al agente provocador como aquel sujeto que *induce* a otro a cometer un delito con el propósito de descubrirlo y penarlo. PEÑA WASAFF, “Autoría y participación en el

acuerdo con dichas definiciones quedarían fuera del concepto de agente provocador todas aquellas contribuciones que se dirijan a un sujeto *ya decidido a delinquir*.

No obstante, otros autores incluyen más formas de favorecimiento del delito dentro del ámbito conceptual del agente provocador. Según este sector doctrinal, además de la incitación, cualquier contribución material o prestación de ayuda al sujeto provocado entraría dentro del concepto de agente provocador⁵⁰⁸. De este modo, facilitar la comisión

delito”, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 3, pág. 112, afirma que se da el nombre de agente provocador a aquel que *induce* a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consuma, sino solo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado. MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 38, señala que la provocación es el comportamiento de una persona que *induce* a otra a realizar una tentativa o un delito consumado, pero que su voluntad es que no se cause ningún daño material. DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, cit., pág. 96, también lo caracteriza por *inducir* a otro a un delito para que sea penado por ese hecho. RÖNNAU, “Agent provocateur”, cit., pág. 19, entiende por agente provocador una persona que *induce* a un sospechoso para que resulte convicto por ese (nuevo) hecho. SCHWARZBURG, *Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation*, VVF, München, 1991, pág. 4, entiende por provocación la *inducción* a una acción punible. KÜPER, “Der agent provocateur im Strafrecht”, GA, 1974, pág. 321, considera agente provocador a aquel *inductor* que nada más quiere la tentativa, no la ejecución plena del hecho principal. NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pág. 178, califica de agente provocador al *inductor* —ya sea punible o impune— que quiere que el autor inducido solo cometa una tentativa, y no que se produzca su consumación. EIDAM, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur”, cit., pág. 774, limita el ámbito del agente provocador estatal a la *inducción* directa del Estado —con la ayuda de un agente encubierto— a la comisión de un delito.

⁵⁰⁸ Así, PLATE, “Zur strafbarkeit des agent provocateur”, ZStW, núm. 84, 1972, pág. 294, tras afirmar que en Derecho penal se entiende por agente provocador a alguien que incita a otro a una acción punible para detenerle tras el comienzo de la ejecución y ponerle a disposición de los órganos criminales, matiza a continuación que, en sentido amplio, también se denomina agente provocador al cómplice que *presta ayuda*, solo de forma aparente, al autor principal —especialmente mediante el subministro de un medio inidóneo— pero que, en realidad, no favorece la realización del hecho principal. La definición que ofrece SALAMA, *L’agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 20, aunque utiliza el verbo instigar, contiene una referencia expresa a las contribuciones materiales. Así, para este autor, agente provocador es quien instiga a otro al delito mediante el despliegue de una actividad provocadora sea de naturaleza psíquica o *material*, no por el interés representado por el delito mismo, sino por el interés constante de conseguir el castigo del provocado. En el mismo sentido POLITOFF LIFSCHITZ, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y de jurisprudencia*, ConoSur, Santiago de Chile, 1998, págs. 54 y 55, afirma que “*la más corriente noción de agente provocador (o copartícipe simulado) es (...) la del individuo que, fingiendo estar de acuerdo con otras personas, mueve a éstas a cometer acciones delictivas, con la intención de impedir la consumación de las mismas una vez comenzada su ejecución y de poner a los hechores a disposición de la justicia, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar (...). En un sentido más amplio, se incluye también en este concepto al que presta ayuda al autor principal con igual propósito, las más de las veces con formas de cooperación inidóneas para el fin perseguido por éste*”. Va más lejos GUZMÁN DALBORA, “El delito experimental”, RDPC, núm. 19, 2007, pág. 298, al señalar que la actividad provocadora puede manifestarse a través de cualquier comportamiento de autoría o de participación, en todas sus especies y categorías, incluso, aparentando ser la víctima de un delito. Asimismo KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 151, reconoce que en su constelación clásica el agente provocador actúa como inductor, pero admite que en un sentido amplio también puede ser un cómplice o un coautor. También, NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pág. 57, advierte que el problema del agente provocador sobrepasa los límites de la inducción, dado que este puede actuar como (co)autor o cómplice. En la misma dirección apunta KARGE, *Der agent*

de un delito ya planeado por el sujeto provocado, o incluso (co)ejecutarlo con él, serían comportamientos propios del agente provocador⁵⁰⁹.

La diferencia entre las definiciones que circunscriben el concepto de agente provocador a las incitaciones a un delito y las que extienden su ámbito conceptual a cualquier forma de favorecimiento de una infracción penal puede visualizarse más fácilmente a través de los siguientes ejemplos: 1) *El agente provocador ofrece al sujeto provocado una importante cantidad de dinero a cambio a cambio de disparar sobre una persona*; 2) *Sabiendo que el sujeto provocado tenía intención de acabar con la vida de A, el agente provocador le proporciona una pistola*; 3) *Sabiendo que el sujeto provocado tenía intención de acabar con la vida de A, el agente provocador golpea e inmoviliza a A para que el sujeto provocado pueda rematarlo*. Según el primer grupo de definiciones solamente el caso 1) sería propio de un agente provocador. En cambio, las definiciones del segundo grupo incluirían dentro del ámbito conceptual del agente provocador los tres supuestos.

El segundo punto discutido en la delimitación del concepto de agente provocador consiste en determinar *qué* es aquello que se pretende favorecer. Existe consenso en afirmar que el agente provocador, para ser considerado como tal, debe favorecer una *conducta delictiva*⁵¹⁰. Ahora bien, mientras que algunos autores no establecen ninguna limitación respecto a la clase de comportamiento delictivo que se pretende favorecer, otros restringen el ámbito conceptual del agente provocador al favorecimiento de tentativas o de infracciones que no ponen en riesgo el bien jurídico protegido.

En la doctrina hispanohablante parece haberse asentado la denominación “concepto amplio de agente provocador”⁵¹¹ para referirse a todas aquellas definiciones que no

provocateur, Diss., Frankfurt am Main, 1969, pág. 18, cuando afirma que agente provocador es todo autor en sentido amplio que quiere que otro, con base en sus propios actos, resulte convicto. Igualmente, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 13, indica que también tiene un carácter provocador, en la sistemática del Derecho penal, la conducta que en rigor no se presenta como incitadora de un comportamiento ajeno, sino que se limita a intervenir en la realización del hecho con actos que, al menos de forma indiciaria, deben ser calificados como relevantes a efectos penales. Para este último autor, los actos del agente provocador pueden ser formalmente adecuados para integrar cualquiera de las categorías típicas de codelinencia que reconoce nuestro sistema positivo. De forma similar ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 9, considera que este concepto abarca cualquier intervención (como coautor, instigador o cómplice) en un delito (tentado idónea o inidóneamente o consumado) con el fin de que los restantes intervinientes lo intenten idónea inidóneamente o lo consumen, para que resulten convictos, por parte de un particular o de un funcionario con deber específico de investigación criminal.

⁵⁰⁹ En este sentido, BEKZADIAN, *Der Agent-Provocateur (Lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provokation in Russland*, Diss., Zürich, 1913, pág. 69, señala que el agente provocador no tiene por qué tomar la iniciativa.

⁵¹⁰ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 34, indica que la conducta del sujeto provocado debe cumplir con todos los requisitos para ser punible.

⁵¹¹ La denominación de “concepto amplio de agente provocador” fue propuesta en su día por RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 25. Dicha denominación es utilizada posteriormente por ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 8; MUÑOZ SÁNCHEZ,

limitan de modo alguno las conductas delictivas que pueden ser favorecidas por el agente provocador⁵¹². Desde esta perspectiva, el sujeto provocado podría cometer cualquier modalidad delictiva. Así, el ámbito conceptual del agente provocador únicamente quedaría delimitado por la forma de favorecimiento y la finalidad de conseguir el castigo del sujeto provocado⁵¹³.

En contraposición al “concepto amplio” aparecería el “concepto estricto de agente provocador”⁵¹⁴. En esta última categoría quedarían incluidas todas aquellas definiciones que restringen de una forma u otra las conductas delictivas que pretende favorecer el agente provocador. Dentro de este conjunto de definiciones podríamos distinguir, a su vez, dos grupos: las que circunscriben el ámbito conceptual del agente provocador al favorecimiento de tentativas (concepto estricto referido a tentativas), y las que lo extienden a cualquier infracción que no ponga en riesgo el bien jurídico protegido (concepto estricto referido a infracciones no peligrosas).

La moderna problemática jurídico penal del agente provocador, cit., pág. 34; CORTEZ FÉBRES/FERNÁNDEZ MUÑOZ, “Nuevas Técnicas de Investigación ante las nuevas formas de Criminalidad Organizada”, *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 15, 2000, pág. 263; SANZ DELGADO, “El agente provocador en el delito de tráfico de drogas”, *LLP*, núm. 12, 2004, pág. 29.

⁵¹² Según RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 25, para los autores que utilizan un concepto amplio, el agente provocador es un simple copartcipe en un delito que contribuye con su conducta a la comisión del mismo. Lo único que le caracteriza es el objetivo que persigue mediante la conducta provocadora.

⁵¹³ Así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, pág. 473, señala que se da el nombre de agente provocador al que impulsa a otro a cometer un delito para determinar su responsabilidad, de la que resulta la intervención de la Justicia o la sujeción del provocado a la voluntad del provocador, quien le conmina con denuncia. También MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 5 ed., UTET, Torino, 1986, pág. 568, define agente provocador como aquel que determina o instiga a una persona a cometer un delito o de otro modo le hace caer en él, por un interés distinto de aquel que representa la actuación delictiva. Igualmente, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 8, califica como agente provocador a aquel que como funcionario de policía, o como particular por mandato o con el consentimiento de la autoridad de persecución penal, induce a otro a un hecho punible para probar su culpabilidad durante o después de la comisión del hecho punible con el fin de que sea procesado. Para MAAß, “Die Behandlung des agent provocateur im Strafrecht”, *Jura*, núm. 10, 1981, pág. 514, agente provocador es quien induce a un hecho a otro para detenerlo y hacerlo castigar. En términos parecidos DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, cit., pág. 302. Vid. en el mismo sentido las definiciones ya mencionadas de FIORE, *Il reato impossibile*, cit., pág. 116; SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., pág. 20; PAGLIARO/ARDIZZONE, *Sommario Del Diritto Penale Italiano*, cit., pág. 309; ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 9; DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, cit., pág. 104; EIDAM, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur”, cit., pág. 774.

⁵¹⁴ Denominación que también fue propuesta por RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 25. Según este autor, las definiciones incluidas en esta categoría encuentran el punto de contraste entre el agente provocador y todo copartcipe en la circunstancia de que aquel solo quiere que se alcance la tentativa del hecho principal, no así su consumación; o de forma más amplia: en que nada más da entrada en su voluntad a la realización del desvalor de acción, pero no al desvalor de resultado.

El primer grupo de definiciones propias del concepto estricto exige que la conducta de favorecimiento del agente provocador vaya referida a una *tentativa*⁵¹⁵. De este modo, se restringe el ámbito conceptual del agente provocador a los casos en que se pretende favorecer un principio de ejecución punible, pero no la aparición del resultado típico⁵¹⁶. Ya sea por medio de una formulación positiva —el agente provocador solo quiere que tenga lugar la tentativa— o mediante una formulación negativa —el agente provocador carece de voluntad de consumación— este grupo de definiciones excluyen del ámbito del agente provocador las conductas dirigidas a favorecer un delito consumado⁵¹⁷.

El segundo grupo de definiciones propias del concepto estricto restringen el comportamiento propio del agente provocador al favorecimiento de *infracciones que no pongan en peligro el bien jurídico protegido*. Las formulaciones empleadas para definir al agente provocador de este modo son muy variadas y, en general, resultan notablemente difusas. En ocasiones se limita el objeto del favorecimiento a delitos que no alcancen la denominada “terminación material” o “fase de agotamiento”⁵¹⁸. Otras veces se circunscribe dicho objeto a infracciones que no realicen el desvalor que fundamenta el injusto, el desvalor de resultado, o la lesión material del bien jurídico⁵¹⁹. En todo caso,

⁵¹⁵ Así, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 39, exige como presupuesto conceptual que el agente provocador no tenga voluntad de consumación del delito. Del mismo modo, RUDOLPHINI, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, pág. 66, afirma que lo característico del agente provocador es que su voluntad no está dirigida a la consumación del hecho principal, sino que determina al autor a una tentativa, es decir, a la realización de un desvalor de acción. En la misma dirección, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 455, caracteriza al agente provocador por no querer que el hecho incitado prospere hasta la consumación. Vid. también las definiciones ya citadas de KÜPER, “Der agent provocateur im Strafrecht”, cit., pág. 321; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 645; PEÑA WASAFF, “Autoría y participación en el delito”, cit., pág. 112; POLITOFF LIFSCHITZ, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, cit., pág. 54.

⁵¹⁶ Algunas definiciones añaden como requisito conceptual que el agente provocador tenga la voluntad de detener al sujeto provocado durante la ejecución típica. Así, DOPFFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent provocateur*, cit., pág. 3, exige que el agente provocador pretenda detener al sujeto provocado tras el comienzo de la ejecución a fin de poner de manifiesto su condición de autor y dar lugar a su castigo. Del mismo modo, PLATE, “Zur strafbarkeit des agent provocateur”, cit., pág. 294, requiere que el agente provocador persiga la detención del sujeto provocado tras el comienzo de la ejecución para ponerle a disposición de los órganos criminales. En términos parecidos se pronuncia FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 645.

⁵¹⁷ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 34.

⁵¹⁸ Vid. KÖRNER, “Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen”, *StV*, 1982, pág. 383. También la STS 702/1997, 20-5, afirma que “el agente provocador sólo persigue el comienzo de la ejecución y, en todo caso, su dolo no alcanza a la consumación o al agotamiento”.

⁵¹⁹ Así, SINGEWALD, *Der agent provocateur*, Schletter, Breslau, 1908, pág. 85, define agente provocador como aquel que determina a sabiendas y voluntariamente a otro a realizar una acción punible con el propósito de que sea castigado, sin querer la lesión o peligro de un derecho subjetivo o de un bien jurídico. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 57, caracteriza al agente provocador por la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta el injusto del delito afectado por su conducta. Para MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 34, el agente provocador obra

este grupo de definiciones excluye del concepto de agente provocador aquellos supuestos en los que se pretende favorecer una conducta que lesione o ponga en riesgo el bien jurídico protegido.

De nuevo, la diferencia entre el concepto amplio y el concepto estricto (en sus dos variantes) puede comprenderse mejor a través de algunos ejemplos: 1) *El agente provocador ofrece una importante cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar sobre una persona. El sujeto provocado dispara sobre ella y la mata;* 2) *El agente provocador ofrece una importante cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar sobre una persona aparentemente dormida. El sujeto provocado dispara sobre ella desconociendo que, en realidad, esa persona ya estaba muerta. El agente provocador conocía perfectamente este extremo;* 3) *El agente provocador ofrece una importante cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de obtener una pequeña cantidad de cocaína. El sujeto provocado adquiere dicha cantidad y, en el momento de la entrega, es detenido por el agente provocador.* El primer grupo de definiciones (concepto amplio) incluiría los tres supuestos dentro del ámbito del agente provocador. El segundo grupo (concepto estricto referido a tentativas) únicamente el caso 2. El tercer grupo (concepto estricto referido a infracciones no peligrosas) incluiría el caso 2 y 3.

En todo caso, la delimitación del concepto de agente provocador resulta sumamente controvertida. Las discrepancias a la hora de determinar el ámbito conceptual de esta figura superan con creces los puntos de consenso⁵²⁰. Por ello, aludir al concepto de agente provocador, sin precisar los contornos que se le asignan, resulta de escasa utilidad y, como se pondrá de manifiesto a continuación, es fuente de numerosas confusiones.

con la voluntad de que se cometa un delito, pero al mismo tiempo con el deseo que mediante ese acto no se produzca ningún daño material al objeto de ataque. RÖNNAU, “Agent provocateur”, cit., pág. 19, señala que la voluntad del agente provocador es que el inducido sea detenido en el estadio de tentativa o, en todo caso, antes de que se produzca un perjuicio material al bien jurídico.

⁵²⁰ ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 9, tomando en consideración todas las variables que pueden (o no) integrar esta figura, concluye que existen hasta 2048 hipótesis diferenciadas de agente provocador.

3. Distintas preguntas: distintas respuestas

Como ya se ha puesto de relieve, el concepto de agente provocador sirve para delimitar un problema. Dicho problema suele plantearse en los siguientes términos: ¿debe responder penalmente el agente provocador?⁵²¹, o ¿debe castigarse al sujeto provocado?⁵²² En función de cómo se configure el concepto de agente provocador —que, a su vez, delimita el de sujeto provocado— el contenido de las preguntas formuladas será uno u otro.

Resulta evidente que optar por una definición de agente provocador condicionará el análisis de su responsabilidad penal⁵²³. La respuesta a la pregunta de si el agente provocador debe responder penalmente puede variar en función de qué se entienda por agente provocador. Definiciones diferentes de agente provocador pueden conducir a conclusiones distintas acerca de su responsabilidad.

La ausencia de consenso en la doctrina acerca de los límites del concepto de agente provocador ha oscurecido notablemente la discusión en torno a su responsabilidad penal⁵²⁴. En muchas ocasiones, los desacuerdos doctrinales sobre la responsabilidad del agente provocador no traen causa de discrepancias dogmáticas, sino de haber tomado como referencia (explícita o implícitamente) conceptos diferentes de agente provocador. Para muestra un botón:

“En lo que se refiere, primero, a la responsabilidad del agente provocador, la divergencia es notable: por un lado, un sector minoritario en la doctrina, pero en el que se encuentra el monografista español en la materia, Prof. Ruiz Antón, sostiene, con la doctrina mayoritaria alemana, que no se puede hacer responsable criminalmente al agente provocador porque carece de dolo de consumación, ya que interviene en el hecho precisamente para evitar la consumación del delito (...) La doctrina mayoritaria, por el contrario, estima, de consuno con la bibliografía italiana, que el agente provocador incita,

⁵²¹ Vid. por ejemplo MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 34; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 57. Similar RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 9.

⁵²² En este sentido, VON DANWITZ, *Staatliche Straftatbeteiligung*, cit., pág. 1.

⁵²³ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 10, reconoce que la delimitación del concepto de agente provocador opera como condicionante de los resultados logrados. En términos parecidos MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 33.

⁵²⁴ ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 1, afirma que la falta de acuerdo acerca de qué problemática delimita el concepto de agente provocador hace que las soluciones que se ofrecen a la misma se tornen totalmente anárquicas.

*en todo caso, al sujeto provocado a llevar a cabo una tentativa de delito, y por ello debe responder de la misma*⁵²⁵.

En el párrafo transcrito, GARCÍA VALDÉS contrapone la doctrina minoritaria (o la doctrina alemana) con la mayoritaria (o la italiana) afirmando que la primera defiende la impunidad del agente provocador, mientras que la segunda se posiciona a favor de su castigo⁵²⁶. Sin embargo, la razón que subyace a dicha discrepancia no tiene que ver con una cuestión dogmática, sino con el hecho de que las dos corrientes doctrinales que confronta parten de definiciones distintas de agente provocador. Mientras que la primera limita su ámbito conceptual a aquellas incitaciones a delinquir que no van acompañadas de dolo de consumación (concepto estricto referido a tentativas)⁵²⁷ la segunda abarca cualquier clase de incitación dirigida a obtener el castigo del sujeto provocado (concepto amplio)⁵²⁸. De este modo, resulta natural que unos y otros lleguen a conclusiones diferentes. Simplemente, están respondiendo a preguntas distintas. Los primeros están afirmando que una incitación sin dolo de consumación resulta atípica y los segundos que el fin que persigue el agente provocador —el castigo del sujeto provocado— no puede justificar una incitación típica⁵²⁹. Como puede advertirse fácilmente, ambas afirmaciones no son en absoluto incompatibles.

Esta clase de problemas también pueden apreciarse en la discusión entre autores que parten de la misma definición de agente provocador. En este sentido, resulta ilustrativo el debate que, a finales del siglo pasado, mantuvieron sobre este particular OLMEDO

⁵²⁵ GARCÍA VALDÉS, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas”, cit., pág. 563. También en EL MIMSO, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, cit., pág. 18. Cabe señalar que, al contrario de lo que se indica en el párrafo transcrito, RUIZ ANTÓN no sostiene que el agente provocador deba resultar impune por carecer de dolo de consumación. Este último autor deriva su impunidad del propio fundamento de la participación. Cfr. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 267.

⁵²⁶ Similar MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., págs. 48 y 53; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 473 y 474. Algo semejante parece inferirse de MOLINA PÉREZ, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 41, 2008, pág. 187.

⁵²⁷ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 37, calificando como dominante en la doctrina penal alemana la caracterización de agente provocador como inductor que obra sin voluntad de consumación.

⁵²⁸ *Ibidem*, pág. 35, señalando como dominante en la doctrina italiana la definición de agente provocador como inductor que determina a otro a cometer un delito con el objetivo de conseguir su punición.

⁵²⁹ En este sentido se pronuncia BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, 1ª ed., Cedam, Padova, 1945, págs. 376 y 377 —al que MUÑOZ SÁNCHEZ y ANTÓN ONECA incluyen entre los autores italianos que defienden la punición del agente provocador— cuando afirma que “*el fin que se propone el agente provocador (llevar a los culpables ante la justicia) no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o lesionar un bien jurídico*”.

CARDENETE⁵³⁰, MUÑOZ SÁNCHEZ⁵³¹ y GÓMEZ RIVERO⁵³². Con ligeros matices⁵³³, los tres autores mencionados definen agente provocador como aquel sujeto que incita a otro a la comisión de un delito, sin voluntad de consumación y con el objetivo de lograr su punición. Todos ellos coinciden en que, si el delito incitado permanece en estadio de tentativa⁵³⁴, el agente provocador deberá resultar impune. No obstante, cada uno de los autores mentados fundamenta dicha impunidad de una forma diferente. Por un lado, OLMEDO CARDENETE considera que el agente provocador no cumple con el *tipo objetivo* de la inducción⁵³⁵. Por el otro, MUÑOZ SÁNCHEZ estima que en su conducta no concurren los requisitos propios del *tipo subjetivo*⁵³⁶. Finalmente, GÓMEZ RIVERO sostiene que su impunidad deriva de la aplicación del régimen de *desistimiento* en la tentativa⁵³⁷. Pues bien, desde mi punto de vista, las tres soluciones son compatibles entre ellas. Simplemente, van referidas a supuestos diferentes. Dentro de la definición que los tres autores comparten —incitación a una tentativa sin voluntad de consumación— podrían incluirse casos en que el agente provocador resulte impune por no realizar el tipo objetivo de la inducción, su tipo subjetivo o, incluso, por concurrir una conducta de desistimiento activo. Veámoslo a través de tres ejemplos:

⁵³⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, cit., pág. 727. Posteriormente también en OLMEDO CARDENETE, “La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 201.

⁵³¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 67.

⁵³² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 465.

⁵³³ Por un lado, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, cit., pág. 725 y GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 455, nota 1206, reconocen que la intervención del agente provocador puede discurrir bajo la apariencia de cualquier forma de autoría o participación, aunque se centran, por razón del objeto de sus respectivas tesis, únicamente en los supuestos en los que este lleva a cabo una incitación. Por el otro, MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 39, especifica que la ausencia de voluntad de consumación del agente provocador debe manifestarse expresamente en la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del sujeto provocado. No obstante, tanto OLMEDO CARDENETE como GÓMEZ RIVERO incorporan tácitamente este mismo requisito a sus respectivas definiciones (excluyendo de la misma los casos en que concurre una simple reserva mental).

⁵³⁴ De lo contrario, si el delito se consuma en contra de la voluntad del agente provocador, tanto MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 69 como GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 470, sostienen su responsabilidad como autor accesorio por imprudencia.

⁵³⁵ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, cit., pág. 728.

⁵³⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 67.

⁵³⁷ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 467. En concreto, esta autora defiende la aplicación analógica del desistimiento de la tentativa, pues —según GÓMEZ RIVERO— a diferencia de la función normal del desistimiento, aquí esta institución operaría con una referencia exclusivamente objetiva: el riesgo creado por la actuación previa del agente provocador.

- a) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador sabe perfectamente que dicha arma está descargada. El sujeto provocado intenta disparar con dicha arma de forma infructuosa.*
- b) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador cree que el arma está descargada pero, a causa de un descuido, no ha detectado que queda una bala en la recámara. El sujeto provocado dispara con dicha arma sobre el tercero, pero el tiro no da en el blanco.*
- c) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador sabe que el arma está cargada, pero espera impedir que el disparo se efectúe abalanzándose sobre el sujeto provocado en el último momento. De todos modos, es consciente del alto riesgo que implica su plan y, aunque no quiere que el tercero muera, asume dicha posibilidad en pos de obtener el castigo del sujeto provocado. Finalmente, el agente provocador logra evitar el disparo embistiendo al sujeto provocado un instante antes de que fuera a apretar el gatillo.*

En el caso a) la incitación del agente provocador no ha generado ninguna clase de riesgo para vida del tercero. Aquí, su impunidad podría sustentarse en la no concurrencia del *tipo objetivo* de la inducción. Los razonamientos de OLMEDO CARDENETE resultan potencialmente válidos en esta clase de supuestos: “*para un observador ex ante conocedor de todo el dispositivo policial, la conducta no se muestra objetivamente como peligrosa, por lo que resultará por esta razón penalmente atípica*”⁵³⁸. En cambio, en el caso b) el agente provocador sí que ha generado un riesgo relevante *ex ante* para la vida del tercero. Sin embargo, la creación de dicho riesgo no ha sido dolosa, sino imprudente. Por ello, la impunidad del agente provocador no puede basarse en una cuestión de tipo objetivo, sino de *tipo subjetivo*. En tanto que no cabe la participación imprudente en una tentativa —pues esta, por definición, debe ser dolosa— la conducta del agente provocador será atípica. En este supuesto, MUÑOZ SÁNCHEZ tendría razón al afirmar que el agente provocador debe permanecer impune por no actuar con dolo de consumación⁵³⁹. Finalmente, en el caso c) el agente provocador, al asumir la posibilidad de que su plan falle y el tercero muera, ha creado con su incitación un peligro penalmente relevante de forma dolosa (eventual). En consecuencia, su impunidad no puede fundamentarse en la no realización del tipo objetivo o subjetivo de la inducción pues, tal y como indica GÓMEZ RIVERO, ello supondría desconocer “*la efectiva peligrosidad contenida en la actuación inicial del provocador, que resulta evidente cuando se atiende al hecho de que, si a esa intervención inicial no se acompaña una conducta tendente a la neutralización de su*

⁵³⁸ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit., pág. 728.

⁵³⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 67.

*peligrosidad, o, incluso si a pesar de existir no se muestra eficaz, desembocará finalmente en el resultado delictivo*⁵⁴⁰. Más bien, su absolución debería traer causa del régimen de desistimiento activo previsto en el art. 16.3 CP, por haber impedido voluntariamente la consumación del delito inducido.

Al margen de su corrección —que será analizada más adelante— las tres soluciones reseñadas no son incompatibles entre sí. Sencillamente, dan respuesta a problemas distintos. Los autores indicados tienen en mente supuestos diferentes —todos ellos subsumibles dentro de la definición que comparten— a la hora de proponer su solución. Así, mientras que OLMEDO CARDENETE parece estar pensando en supuestos en los que desde el principio no concurre riesgo alguno por existir “*una serie de obstáculos que van a impedir la efectiva consumación del hecho delictivo*”⁵⁴¹, GÓMEZ RIVERO asume que la actuación del agente provocador se desarrolla conforme a la siguiente secuencia: “*a) en primer lugar, una conducta dirigida al incremento efectivo del riesgo de la producción del resultado para después desistir, y, b) el desistimiento como tal, esto es, una conducta orientada a neutralizar el riesgo creado con su actuación anterior*”⁵⁴². De este modo, al partir de presupuestos distintos, resulta lógico que sus soluciones no coincidan.

En cualquier caso, la pluralidad de supuestos subsumibles dentro de una misma definición de agente provocador —más aún si se emplean varias⁵⁴³— aconseja, en pos de la claridad analítica, no plantear el problema en los términos de ¿debe responder penalmente el agente provocador?, o ¿debe castigarse al sujeto provocado? En su lugar, resulta

⁵⁴⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 465.

⁵⁴¹ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit., pág. 728. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 67, también parece tener en mente esta clase de supuestos, a pesar de que él fundamente la impunidad en la ausencia de dolo de consumación.

⁵⁴² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 466.

⁵⁴³ Algunos autores, tras definir agente provocador de un determinado modo, emplean este término posteriormente para referirse a un concepto diferente. Por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., págs. 39 y 74, caracteriza al agente provocador como un sujeto que no tiene voluntad de consumación del delito, pero después dedica un capítulo a “*la problemática del agente provocador que induce a un delito consumado*” (con independencia de que en estos últimos casos este autor considere que el agente provocador pueda llegar a ser penalmente responsable, pues la cuestión conceptual —quién es agente provocador— es diferente a la de propia de la responsabilidad —cuándo ese agente provocador debe responder penalmente—). También GUZMÁN DALBORA, “El delito experimental”, cit., págs. 298 y 301, parece circunscribir el ámbito conceptual del agente provocador al favorecimiento de tentativas para, más adelante, reconocer que su acción será típica, antijurídica y culpable —salvo que concurra una causa de justificación o inculpabilidad— si quiere o acepta que el sujeto provocado consume la fechoría. Un problema similar puede observarse en SCHÜNEMANN, “§ 26”, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006, págs. 2005 y 2006, definiendo agente provocador como aquel que induce a un delito para poder detener al delincuente en el estadio de tentativa y, a continuación, pasando a analizar la responsabilidad del agente provocador que quiere la consumación del delito. Similar JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5ª ed., 1996, trad. OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, pág. 740.

preferible optar por preguntas que no presupongan una respuesta binaria. Más aun teniendo en cuenta que ninguna de las definiciones expuestas excluye la posibilidad de que el sujeto provocado consume el delito o lesione el bien jurídico en contra de la voluntad del agente provocador. Así, por ejemplo, resulta evidente que en los casos b) y c) la consumación del homicidio en contra de la voluntad del agente provocador debería comportar que este respondiera penalmente (por imprudencia o dolo eventual) y, en cambio, la no consumación del mismo conllevaría su impunidad. Por ello, con independencia de los concretos límites que se asignen a este concepto, parecen más adecuadas las preguntas: *¿cuándo debe responder penalmente el agente provocador?*, y *¿cuándo debe castigarse al sujeto provocado?*

4. La naturaleza del concepto de agente provocador

Al contrario de lo que ocurre con las figuras analizadas en los capítulos anteriores —delito provocado, *entrapment*, *unzulässige Tatprovokation*, etc.— el concepto de agente provocador no prejuzga las consecuencias jurídicas que deben derivarse de su actuación. La delimitación del ámbito conceptual del agente provocador es independiente de la valoración jurídica que merezcan los comportamientos que abarca. El concepto de agente provocador simplemente determina quién es agente provocador y, por tanto, quién es sujeto provocado. La cuestión acerca de si el agente provocador o el sujeto provocado deben ser castigados constituye un problema diferente al de su delimitación conceptual. En este sentido, los conceptos de agente provocador y de sujeto provocado son *normativamente ligeros*⁵⁴⁴: su definición no predetermina su valoración jurídica⁵⁴⁵.

En cambio, las construcciones jurisprudenciales examinadas anteriormente constituyen conceptos *normativamente densos*: su delimitación presupone una determinada valoración jurídica de los supuestos que engloba. En estas figuras no resulta posible separar el plano conceptual y el de la responsabilidad. Por ejemplo, el concepto de delito provocado predetermina las consecuencias jurídicas vinculadas a su apreciación: la impunidad del sujeto que ha delinuido a causa de una incitación engañosa. La delimitación del concepto de delito provocado es la delimitación del ámbito en que dicho

⁵⁴⁴ La denominación de “concepto normativamente ligero” y “concepto normativamente denso” se ha tomado de HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, *Criminal Law and Philosophy*, 2017, pág. 5. Esta clasificación está inspirada en la distinción, propia de la filosofía moral, entre conceptos éticos ligeros (“*thin ethical concepts*”) y conceptos éticos densos (“*thick ethical concepts*”). Los primeros son aquellos que tienen un contenido fundamentalmente evaluativo (“bueno”, “malo”). En cambio, los segundos poseen tanto una dimensión evaluativa como un importante componente descriptivo (“cruel”, “valiente”, “generoso”). Mientras que los primeros son *descriptivamente ligeros* —tienen un contenido fáctico muy escaso— los segundos son *descriptivamente densos* —tienen un componente descriptivo mucho más rico—. Vid. B. WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press, London, 1985, págs. 140 ss; PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, 2002, trad. FORN I ARGIMON, Paidós, Barcelona, 2004, págs. 49 ss; MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24, 2001, pág. 530. Adviértase que, en los conceptos éticos, la ligereza o densidad de los mismos va referida a su componente descriptivo. En cambio, en los conceptos empleados en el texto, el punto de referencia de dichas cualidades es su *contenido normativo*. Aunque los conceptos normativamente ligeros pueden poseer elementos normativos —piénsese que todas las definiciones de agente provocador se refieren al favorecimiento de un delito— no prejuzgan la valoración normativa de los supuestos que abarcan. Por el contrario, los conceptos normativamente densos presuponen dicha valoración.

⁵⁴⁵ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 10, se refiere al concepto de agente provocador como “categoría empírica”. De este modo, RUIZ ANTÓN indica que su contenido material y contornos delimitativos no vienen dados por la regulación positiva, sino que “*han sido los estudiosos los encargados de configurar el problema tomando como base la propia realidad criminal*”. Creo que la idea que pretende captar RUIZ ANTÓN a través de dicha referencia es similar a la que se ha plasmado en el texto mediante la noción de “concepto normativamente ligero”. No obstante, la denominación “categoría empírica” aquí prefiere evitarse, pues parece sugerir que el contenido del concepto de agente provocador deriva de alguna clase de estudio empírico, lo cual, por supuesto, no es cierto.

sujeto carecerá de responsabilidad penal. Lo mismo sucede con el *entrapment*. La pregunta acerca de cuándo concurre *entrapment* no puede desvincularse de la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas que debe comportar. Del mismo modo, la provocación policial del TEDH prejuzga la valoración jurídica de los supuestos que abarca. Dichos supuestos suponen una vulneración del art. 6.1 CEDH. El caso de la *unzulässige Tatprovokation* es más evidente todavía: su propia denominación indica que la provocación es ilícita (*unzulässige*).

La distinción entre conceptos normativamente densos y ligeros puede comprenderse más fácilmente a través de algunos ejemplos. Piénsese en el concepto de *proxeneta*. Dicho concepto puede ser normativamente ligero si abarca cualquier sujeto que se dedique a organizar la prostitución ajena⁵⁴⁶, o normativamente denso si solamente se refiere a aquellos que cometen un delito del art. 187 CP⁵⁴⁷. En el primer caso, la definición de proxeneta no prejuzga su valoración jurídico-penal. La pregunta acerca de quién es un proxeneta es distinta a la cuestión de cuándo debe responder penalmente un proxeneta. La respuesta a la primera pregunta —quién es proxeneta— condiciona la contestación de la segunda —cuándo debe responder penalmente un proxeneta— pero no al revés. En cambio, si se emplea un concepto normativamente denso de proxeneta, ambas preguntas pasan a tener el mismo contenido. Si proxeneta es aquel sujeto que comete un delito del art. 187 CP, su delimitación conceptual presupondrá su responsabilidad. Un proxeneta será aquel sujeto que deba responder penalmente como tal y, por ello, la pregunta de quién es un proxeneta no podrá desvincularse de la cuestión acerca de su responsabilidad.

Otro ejemplo que puede ilustrar la diferencia entre conceptos normativamente densos y ligeros es la noción de *actio libera in causa*. Tal y como indica SILVA SÁNCHEZ, mediante dicha expresión pueden designarse dos objetos distintos: “*Por un lado, un conjunto de supuestos de hecho problemáticos (una estructura: la de los casos de actio libera in causa). Por otro, además, una determinada propuesta de solución dogmática para dicho conjunto de supuestos de hecho problemáticos (una teoría: la doctrina de la actio libera in causa)*”⁵⁴⁸. Pues bien, la primera acepción se correspondería con lo que aquí se ha denominado concepto normativamente ligero. De acuerdo con ella, el concepto de *actio libera in causa* delimitaría un grupo de casos problemáticos con una estructura común —la

⁵⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 277.

⁵⁴⁷ GAVILÁN RUBIO, “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, LLP, núm. 109, 2014, págs. 1 y ss.; RUIZ LÓPEZ, “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, LLP, núm. 127, 2017, págs. 1 y ss., refiriéndose a dicho artículo como “*delito de proxenetismo*”. Similar, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 1060.

⁵⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, “A vueltas con la actio libera in causa”, *Indret*, núm. 4, 2016, pág. 1.

lesión de un bien jurídico por parte de un sujeto penalmente irresponsable que ha provocado su propia situación de irresponsabilidad⁵⁴⁹ — sin prejuzgar su valoración normativa⁵⁵⁰. Así, dicho concepto solamente plantearía un problema⁵⁵¹: ¿qué solución merecen los casos en que un sujeto provoca su propia irresponsabilidad penal? En cambio, el segundo posible significado de la *actio libera in causa* sería el propio de un concepto normativamente denso. De este modo, el concepto en cuestión presupondría la valoración normativa de los supuestos que abarca: “*de aceptarse la actio libera in causa deberá también admitirse necesariamente que al sujeto se le debe imputar la acción realizada en situación de inimputabilidad*”⁵⁵². En consecuencia, la delimitación del concepto de *actio libera in causa* sería la delimitación de un conjunto de supuestos en los que existe un fundamento dogmático para hacer penalmente responsable a un sujeto que ha lesionado un bien jurídico provocando su propia irresponsabilidad⁵⁵³.

Pues bien, los límites de los conceptos normativamente densos vienen determinados por la valoración jurídica que los fundamenta. Así, el concepto normativamente denso de proxeneta queda delimitado mediante el art. 187 CP. Del mismo modo, el ámbito que abarca el concepto normativamente denso de *actio libera in causa* vendría dado por el fundamento normativo que explica la responsabilidad de quien lesiona un bien jurídico provocando su propia irresponsabilidad. Lo mismo ocurre con el delito provocado, el *entrapment*, o la *unzulässige Tatprovokation*. El contenido de estas figuras debería derivarse del motivo por el cual comportan la impunidad. Las preguntas de ¿por qué el delito provocado o el *entrapment* determinan la impunidad?, y ¿cuáles son los límites del delito provocado o el *entrapment*? están relacionadas *lógicamente* y, por ello, la respuesta a la primera cuestión debería determinar la contestación de la segunda.

⁵⁴⁹ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho penal: (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 13.

⁵⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, “*Actio libera in causa*” *dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 23.

⁵⁵¹ *Ibidem*, señalando que, de este modo, el concepto de *actio libera in causa* tiene como mera finalidad determinar un objeto de estudio.

⁵⁵² JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho penal*, cit., pág. 32.

⁵⁵³ La distinción entre conceptos normativamente densos y ligeros también puede ilustrarse a través de la noción de “participación necesaria”. Tal y como indica, CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, págs. 29 y 31, dicha noción puede aludir a una clase de delitos “*en los que es conceptualmente necesaria la intervención de varios sujetos para que se verifique la conducta típica*” sin que ello prejuzgue la impunidad de ninguno de ellos. No obstante, la misma autora señala otra posible acepción de “participación necesaria” empleada para designar “*el privilegio del que goza el sujeto, cuya colaboración ha sido prevista necesariamente para la realización del hecho punible, al no ser sancionado ni por el tipo penal concreto ni tampoco por las reglas generales de autoría y participación. De manera que con la referencia a la categoría de la participación necesaria se justifica la impunidad del sujeto. Se dice, así, que alguien es impune porque es partícipe necesario*”. En el primero caso la “participación necesaria” constituiría un concepto normativamente ligero y, por el contrario, en el segundo sería normativamente denso.

En cambio, la delimitación de los conceptos normativamente ligeros no requiere ser fundamentada jurídicamente. Los límites de estos conceptos no vienen determinados por una valoración jurídica y, por ello, su contenido debe justificarse de otro modo. En el caso del agente provocador, la literatura jurídico-penal ha tratado de derivar su ámbito conceptual del significado original de la locución francesa *agent provocateur*⁵⁵⁴. Dicha expresión empezó a utilizarse en la Francia absolutista para referirse a ciertos sujetos que promovían acciones contrarias al poder establecido, con el único objetivo de poder reprimir a sus adversarios políticos y crear un clima que justificara la adopción de medidas excepcionales⁵⁵⁵. El comportamiento de aquellos sujetos presentaba una peculiar estructura contradictoria, ya que sus acciones parecían estar dirigidas a un fin —acabar con el poder establecido— que era precisamente el contrario del que realmente pretendían. Las diferentes formulaciones del concepto de agente provocador responden a distintos intentos de la doctrina de plasmar en términos jurídico-penales la esencia de esa clase de comportamiento de estructura contradictoria. En palabras de RUIZ ANTÓN:

*“Tal estructura de signo contradictorio, de distinto modo —y seguramente de forma inconsciente—, ha sido incorporada por los estudiosos del tema al concepto de agente provocador criminal. Así, para un sector lo que le caracteriza es intervenir en la comisión de un delito no porque persiga el interés natural que su realización como tal comporta, sino porque le mueve el solo fin de que el provocado se haga merecedor de una pena. Otros, por el contrario, encuentran el punto de contraste entre el agente provocador y todo otro copartícipe, en la circunstancia de que aquél solo quiere que se alcance la tentativa del hecho principal, no así su consumación; o de forma más amplia: en que nada más da entrada en su voluntad a la realización del desvalor de la acción, pero no al desvalor de resultado”*⁵⁵⁶.

Todas las definiciones de agente provocador expuestas recogen, de un modo u otro, la esencia del comportamiento contradictorio de los *agents provocateurs*. No obstante, en mi opinión, dicha referencia resulta insuficiente para fundamentar qué límites debería tener el concepto de agente provocador. El origen etimológico del término no ofrece argumentos convincentes para optar por una u otra de las muchas definiciones propuestas

⁵⁵⁴ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 5; SOMMER, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, cit., pág. 1.

⁵⁵⁵ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 24; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 12ª ed., Dykinson, Madrid, 1989, pág. 811; RUIZ VADILLO, “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, cit., pág. 4910; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, ADPCP, núm. 61, 2008, pág. 144; LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad Organizada: Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 158.

⁵⁵⁶ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 11.

por la doctrina⁵⁵⁷. En este sentido, considero que tratar de delimitar apriorísticamente el concepto a partir del significado que evoca la expresión original —y discutir en este plano sobre cuál debería ser su contenido— resulta una tarea estéril⁵⁵⁸. Es más, desde mi punto de vista, la discusión en estos términos sobre qué límites debería tener el concepto de agente provocador peca de lo que NINO califica como “esencialismo conceptual”⁵⁵⁹. Esto es, pensar que las condiciones para el uso de una palabra están determinadas, de forma indisponible, por la realidad a la que hacen referencia y no por ciertas reglas del lenguaje socialmente convenidas⁵⁶⁰.

Cada una de las de delimitaciones reseñadas del concepto de agente provocador plantea un problema diferente. En tanto que ninguna de ellas ha logrado consolidarse, considero que la elección de una determinada definición de agente provocador no puede desvincularse del problema que se pretende abordar.

⁵⁵⁷ En sentido similar, SOMMER, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, cit., pág. 1.

⁵⁵⁸ Sobre esta discusión, con amplias referencias, vid. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., págs. 21 y ss.

⁵⁵⁹ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 251, califica como tal la tendencia de los juristas a recurrir al análisis etimológico de las palabras como medio para determinar su significado: “*Si se supone que las palabras poseen un único y verdadero significado, determinar el procedimiento de formación de las expresiones lingüísticas podrá servir de guía para detectar el concepto que quisieron captar quienes le dieron origen a la palabra y que se supone que debe mantenerse incólume en sus futuros usos*”. No obstante, tal y como indica este autor “*el análisis etimológico constituye una pauta muy poco confiable para establecer el significado de las palabras*”.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, págs. 249 y 250, afirmando que, al operar de esta forma, se asume que las palabras tienen una relación natural, independiente de la voluntad de las personas, con aquello que significan. Una muestra de ello puede verse en RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 28, cuando descarta el concepto amplio de agente provocador porque “*desconoce el fundamento y la esencia del comportamiento del agente provocador*”. También en MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 36, cuando hace lo propio afirmando que “*Esta teoría, en nuestra opinión, viene ciertamente a establecer un presupuesto conceptual del agente provocador, el propósito de éste de conseguir la punición del provocado. Pero tal momento psicológico es insuficiente por sí mismo para definir materialmente al agente provocador*”.

5. Algunos problemas de delimitación conceptual

La diferencia apuntada más arriba entre conceptos normativamente densos y ligeros puede ayudar a identificar algunos problemas que afectan a las definiciones doctrinales de agente provocador. En primer lugar, algunas de ellas emplean de manera impropia las categorías dogmáticas de autoría y participación para delimitar el comportamiento característico del agente provocador. Así, resulta frecuente encontrar definiciones de agente provocador que se refieren a él como inductor, cómplice, copartícipe o coautor⁵⁶¹. De esta manera, delimitan el concepto de agente provocador *a partir de un concepto normativamente denso*. En efecto, calificar a un sujeto como inductor, cómplice o coautor presupone la tipicidad de su conducta. Los inductores, cómplices o coautores, si efectivamente pueden ser calificados como tales, siempre obran de forma típica. Por este motivo, no tiene sentido definir agente provocador como “*inductor que solo quiere la tentativa, pero no la ejecución plena del hecho principal*”⁵⁶² y luego negar la tipicidad de su conducta por considerar que el dolo de consumación es un requisito típico de la inducción⁵⁶³. Si el dolo de consumación constituye un requisito del tipo subjetivo de la inducción, quien solo quiere la tentativa del hecho principal no es un inductor. El agente provocador no puede ser definido como inductor —ni como coautor, cómplice o cooperador necesario— si aquello que se pretende cuestionar es la tipicidad de su conducta. En todo caso, si se quiere limitar su ámbito conceptual a las contribuciones dirigidas a personas que no estuvieran previamente decididas a delinquir, resulta preferible definir su conducta mediante los verbos incitar o instigar o a través de los

⁵⁶¹ ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 9; SCHWARZBURG, *Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation*, cit., pág. 4; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 151; NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, cit., pág. 178. De forma más matizada, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., págs. 43 y 61, señala que “*los actos del agente provocador, al menos de forma indiciaria, deben ser adecuados formalmente a algunas de las categorías típicas de codelincuencia*”, y que este “*se comporta, al menos formalmente, pues de otro modo no habría posibilidad de someter a un análisis jurídico-penal su actividad, como autor o como partícipe, en cualquiera de las categorías que conoce nuestro sistema positivo*”. De esta forma, la crítica que se efectúa en el texto no alcanza a la delimitación de RUIZ ANTÓN, pues afirmar que alguien se comporta formalmente o de forma indiciaria como autor o partícipe no prejuzga la tipicidad de su conducta. Sin embargo, no resulta evidente qué significa actuar formalmente o de modo indiciario como tal. En este sentido, su definición resulta poco inteligible. Al tratar de delimitar un supuesto fáctico a partir de una categoría jurídica, no queda claro cuál es el abanico de casos que abarca su concepto. Algo similar ocurre con GUZMÁN DALBORA, “El delito experimental”, cit., pág. 298 cuando señala que el agente provocador “*puede y, de hecho, suele adentrarse en el ámbito de la participación y la autoría criminales, motivo por el cual autorizadas plumas optan por describirle como copartícipe aparente o simulado*”.

⁵⁶² KÜPER, “Der agent provocateur im Strafrecht”, cit., pág. 321.

⁵⁶³ *Ibidem*, pág. 335.

sustantivos incitador o instigador⁵⁶⁴. Del mismo modo, si se pretende extender dicho ámbito a otra clase de contribuciones materiales —que, en caso de ser típicas, constituirían actos de complicidad, cooperación necesaria o coautoría— lo más adecuado sería definir su comportamiento mediante términos que no prejuzguen su tipicidad como, por ejemplo, favorecer o ayudar.

También resultan problemáticas aquellas definiciones de agente provocador cuyo punto de partida es “*la singular estructura de su conducta, caracterizada, generalmente, por su inadecuación sistemática para fundamentar el juicio de desvalor del que nace el injusto*”⁵⁶⁵. Con esta premisa, no es de extrañar que se llegue a la conclusión de que el agente provocador debe permanecer impune⁵⁶⁶. Parece evidente que una conducta inadecuada para fundamentar el desvalor de un injusto no realiza dicho injusto. Precisamente, la delimitación del concepto toma como presupuesto la valoración jurídica que merecen los comportamientos que abarca. Con esta definición, la pregunta relevante no sería ¿cuándo debe responder el agente provocador?, sino ¿cuándo una conducta es inadecuada para fundamentar el desvalor del injusto? Los límites de una figura definida en estos términos deberían derivarse de la valoración jurídica de la que parten. De este modo, el concepto de agente provocador sería normativamente denso y, por ello, su ámbito conceptual no podría separarse del juicio acerca de su responsabilidad⁵⁶⁷.

Algo similar ocurre con las definiciones que caracterizan al agente provocador por no querer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito favorecido.

⁵⁶⁴ Obviamente, el sustantivo inductor o el verbo inducir podrían entenderse como sinónimos de instigador/incitador o instigar/incitar. No obstante, en la dogmática jurídico-penal esos términos suelen asociarse a la forma de participación típica prevista en el art. 28 a) CP y, por ello, si lo que se pretende llevar a cabo es un análisis jurídico-penal, conviene separar claramente supuesto de hecho y valoración normativa.

⁵⁶⁵ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 12.

⁵⁶⁶ De este modo, resulta comprensible que RUIZ ANTÓN no analice en su tesis doctoral la posible concurrencia de una causa de justificación en la conducta del agente provocador, pues como él mismo indica “*en principio su intervención no será ni tan siquiera adecuada a la actuación típica correspondiente. Precisamente esta observación hace que el estudio pormenorizado de la posible presencia de causas de justificación exceda en rigor al tema*” (RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 14).

⁵⁶⁷ Lo mismo ocurre con algunos autores que incluyen la impunidad del agente provocador en su propia delimitación conceptual. Así, GARCÍAS PLANAS, “Consideraciones en torno al agente provocador”, cit., pág. 85, refiriéndose a la “*figura del agente provocador impune*”. También NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 148; MARTIN, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs”, cit., pág. 117; LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad Organizada*, cit., pág. 158. MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 36, señala esto mismo respecto a la identificación histórica del agente provocador con el incitador de un delito no consumado que debe permanecer impune. Similar SOMMER, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, cit., pág. 6, respecto de determinado sector doctrinal —que exige dolo de consumación en la inducción— para el cual la calificación dogmática de agente provocador comporta la impunidad.

Aunque estas definiciones no prejuzgan la impunidad del agente provocador⁵⁶⁸, la referencia general a la ausencia de voluntad de lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico resulta demasiado indeterminada⁵⁶⁹. Desde luego, no resulta evidente qué debe entenderse por no tener voluntad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico⁵⁷⁰. Con estos presupuestos, resolver si en un caso concreto alguien ha actuado como agente provocador — ¿tenía dicho sujeto la voluntad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico del delito favorecido?— parece más complicado que determinar si debe responder penalmente. Así, esta clase de definiciones de agente provocador se prestan fácilmente a la confusión y no favorecen el debate acerca de su responsabilidad.

MUÑOZ SÁNCHEZ afirma que “*el agente provocador que provoca un delito consumado de peligro abstracto en sentido puro realiza el tipo de inducción, aunque él no haya querido poner materialmente en peligro en el caso concreto el bien jurídico protegido*”⁵⁷¹. Pues bien, no parece una tarea sencilla determinar qué significa no querer poner en peligro el bien jurídico protegido en un delito de peligro abstracto puro. Si calificar de agente provocador a un sujeto depende de este dato, es comprensible que, ante un mismo supuesto, unos vean una actuación propia de un agente provocador y otros no (aunque estén de acuerdo en la valoración jurídico-penal que merece dicho supuesto)⁵⁷². De este modo, la cuestión conceptual se convierte, en sí misma, en un problema de mayor envergadura que el propio de determinar la responsabilidad penal del agente provocador.

Por último, conviene advertir que algunos autores españoles delimitan el ámbito conceptual del agente provocador a partir del concepto normativamente denso de delito provocado. Así, mientras unos consideran que agente provocador es aquel sujeto que

⁵⁶⁸ Pues algunas fundamentaciones del injusto del partícipe sostienen que el bien jurídico que este lesiona es diferente del que ataca el autor (teorías de la corrupción). Además, aunque el agente provocador no quiera la lesión del bien jurídico, esta puede producirse en contra de su voluntad y, de este modo, fundamentar su responsabilidad por imprudencia o dolo eventual.

⁵⁶⁹ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 36.

⁵⁷⁰ Críticamente, GRECO, “*Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?*”, cit., pág. 56, afirmando que mediante la referencia a dicha voluntad —que no se corresponde con el concepto de dolo— la doctrina ha tendido a ofrecer soluciones dogmáticas *ad hoc* para fundamentar la impunidad del agente provocador. Vid. también KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 170.

⁵⁷¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 77.

⁵⁷² Cfr. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 158 y MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 82. En cambio, este problema no ocurre con definiciones propias del concepto amplio de agente provocador. Vid. en este sentido DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, cit., págs. 96 y 105, refiriéndose a los mismos supuestos que MUÑOZ SÁNCHEZ, pero sin el problema de hacer depender la calificación de agente provocador de la voluntad de poner en peligro el bien jurídico protegido.

incita a un delito provocado⁵⁷³, otros estiman que ambas figuras se contraponen⁵⁷⁴ y, por tanto, equiparan agente provocador con delito comprobado⁵⁷⁵. En el primer caso el concepto de agente provocador presupondría la impunidad del sujeto provocado y, en el segundo, su castigo. En cualquiera de los dos casos, los límites del concepto de agente provocador (y de sujeto provocado) derivarían del fundamento del delito provocado. Es decir, del motivo por el cual el delito provocado comporta la impunidad. En el primer caso, dicho motivo delimitaría *positivamente* el concepto de agente provocador: alguien sería agente provocador *porque* ha favorecido a un delito que no puede ser castigado (un delito provocado). En el segundo, el motivo en cuestión delimitaría *negativamente* el concepto: alguien sería agente provocador *porque* ha contribuido a un delito que debe castigarse (un delito comprobado). Adviértase que, con ambos conceptos, la pregunta acerca de si debe responder penalmente el sujeto provocado sería, directamente, tautológica.

⁵⁷³ MONTÓN GARCÍA, “Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos”, LL, núm. 3, 1999, pág. 2128, denominado agente provocador al sujeto que instiga a un delito provocado y agente encubierto al que da lugar a un delito comprobado. También CARMONA SALGADO, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 180; REDONDO HERMIDA, “El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, LLP, núm. 45, 2008, pág. 97; MOLINA MANSILLA, “El agente encubierto: (artículo 282 bis de la LECrim.)”, LLP, núm. 62, 2009, pág. 91. Vid en este mismo sentido la STS 178/2006, de 16-2, al afirmar que “*con frecuencia, se relaciona la figura del agente provocador (jurídicamente proscrita en un Estado de Derecho) con la del agente encubierto (lícita y legalmente configurada –v. gr. art. 282 bis LECrim–), y, como afirma la parte recurrente, la línea que separa a uno de otro puede radicar en el momento en el que interviene el agente provocador*”. En la misma dirección apunta la STS 2431/1993, de 3-11, llamando teoría del agente provocador a la teoría del delito provocado, y la STS 427/2013, de 10-5, indicando que “*el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado*”.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El agente encubierto y la entrega vigilada”, en *Criminalidad organizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 1999, pág. 99; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 29; LÓPEZ GARCÍA, “Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?”, LL, núm. 4, 2003, pág. 1505; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, LL, núm. 5, 2004, pág. 1532; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 158; GUZMÁN FLUJA, “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Madrid, 2006, pág. 220; GARCÍA SÁNCHEZ, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal”, *Letras jurídicas*, núm. 20, 2009, pág. 43; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 104 y 105; LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad Organizada*, cit., pág. 160. Vid. también la STS 1247/1997, 20-10, afirmando que se “*distingue nítidamente entre lo que es un delito provocado y lo que se denomina actuación de un agente provocador*”.

⁵⁷⁵ Vid. *supra* el apartado 6 del capítulo II.

6. Un concepto análogo

En la literatura anglosajona se ha tratado de desarrollar un concepto análogo al de agente provocador. Ante la diversidad de límites y fundamentaciones de los conceptos normativamente densos de *entrapment* — inglés, canadiense, variante subjetiva y objetiva del norteamericano, etc.— algunos autores han considerado necesario emplear un concepto que permita referirse a todos ellos sin prejuzgar las consecuencias jurídicas que deben derivarse de los supuestos que abarca⁵⁷⁶. De este modo, han intentado delimitar un *concepto normativamente ligero de entrapment*⁵⁷⁷.

La búsqueda de un concepto de estas características surge de una necesidad metodológica. En este sentido, ASHWORTH indica que determinar “*qué hay de malo en el entrapment*” requiere previamente “*una definición operativa de entrapment*”⁵⁷⁸. Es decir, que para poder articular un debate en torno a la admisibilidad (o no) del *entrapment*, resulta necesario que su propia definición no presuponga su inadmisibilidad⁵⁷⁹. Separando el plano conceptual —cuándo ocurre el *entrapment*— del plano normativo —qué valoración merece el *entrapment*— se gana claridad analítica y se evitan confusiones derivadas de las múltiples configuraciones jurisprudenciales de esta figura⁵⁸⁰.

Las definiciones propuestas por la doctrina anglosajona guardan evidentes similitudes con las propias del concepto de agente provocador. Todas ellas se refieren al

⁵⁷⁶ STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense: Dilemmas for a democratic society”, *Law and Philosophy*, vol. 3, núm. 1, pág. 113; DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat: Entrapment and the creation of crime”, *Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 1985, pág. 17; ASHWORTH, “What is Wrong with Entrapment?”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 1999, pág. 295; HO, “State entrapment”, cit., pág. 72; REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 157; HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 12.

⁵⁷⁷ Únicamente HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 4, emplean la denominación de concepto normativamente ligero de *entrapment*. STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense”, cit., pág. 115, hablan de “*definición neutral*”. DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat”, cit., pág. 17, utiliza el término “*aplicación proactiva de la Ley*”. HO, “State entrapment”, cit., pág. 72, se refiere a “*entrapment en sentido amplio o neutral*”.

⁵⁷⁸ ASHWORTH, “What is Wrong with Entrapment?”, cit., pág. 295, aunque posteriormente él mismo admite que su búsqueda de una definición de estas características ha resultado infructuosa.

⁵⁷⁹ STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense”, cit., pág. 114.

⁵⁸⁰ HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 10.

favorecimiento de un delito⁵⁸¹ con el objetivo de obtener el castigo de quien lo comete⁵⁸². Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de agente provocador, el concepto normativamente ligero de *entrapment* suele vincularse a la intervención de un policía (o un particular que actúa bajo sus instrucciones)⁵⁸³ y, además, no se limita al favorecimiento de determinadas infracciones⁵⁸⁴.

Un aspecto interesante del debate anglosajón sobre los límites de concepto normativamente ligero de *entrapment* consiste en determinar si, en todo caso, debe exigirse la concurrencia de un *engaño*⁵⁸⁵. Es decir, si el engaño es un elemento definitorio de este concepto o, simplemente, una circunstancia contingente. Un ejemplo puede ayudar a ilustrar esta controversia:

*Un policía uniformado provoca mediante insultos a un sujeto para que lo agrede. Ambos saben perfectamente que los insultos son una mera excusa para conseguir una detención. Finalmente, el sujeto insultado agrede al policía y este procede a su detención por un delito de lesiones*⁵⁸⁶.

Los autores que consideran que el engaño es elemento consustancial al *entrapment* excluirían el caso expuesto de su ámbito conceptual⁵⁸⁷. En tanto que el sujeto insultado sabía cuáles eran las intenciones del policía —que, incluso, iba uniformado— el delito

⁵⁸¹ STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense”, cit., pág. 114, define *entrapment* como una práctica de los funcionarios policiales consistente en *planear, sugerir, alentar o ayudar* a la comisión de un delito que de otro modo no habría ocurrido para realizar un arresto. DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat”, cit., pág. 17, afirma que dichas prácticas policiales tienen en común el uso de engaño para *producir* la ejecución de un crimen en circunstancias en las que pueda ser observado por las autoridades. HO, “State entrapment”, cit., pág. 73, lo define como una *tentación intencional* al delito realizada por agentes estatales de forma engañosa con el objetivo de procesar a la persona que lo comete. REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 157, afirma que el *entrapment* es una táctica policial que consiste en *alentar* a una persona a cometer un delito de modo que pueda ser procesada. HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 12, consideran que concurre esta figura cuando la policía *planea y procura* (mediante persuasión, incitación o una solicitud) un acto criminal trazable para procesar o exponer al sujeto que lo comete.

⁵⁸² Aunque, DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat”, cit., pág. 17, solamente parece requerir en su definición que el delito se produzca en circunstancias en las que pueda ser observado por la policía, más adelante (pág. 24), da por supuesto que el objetivo perseguido es el castigo de quien delinque. Por otro lado, HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 12, añaden un posible objetivo alternativo, al afirmar que lo que se pretende en el *entrapment* es “*procesar o exponer*” al sujeto que comete el delito.

⁵⁸³ Con la excepción de HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 2, que distinguen entre “*legal entrapment*” y “*civil entrapment*” según si el *entrapment* trae causa de la actuación de un policía o de un particular.

⁵⁸⁴ Como sí que lo hacen las definiciones subsumibles dentro del denominado “concepto estricto de agente provocador” (vid. *supra* el apartado 2).

⁵⁸⁵ Se muestran a favor DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat”, cit. pág. 17, y HO, “State entrapment”, cit., pág. 74. En contra STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense”, cit., pág. 115, y HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 9.

⁵⁸⁶ HO, “State entrapment”, cit., pág. 74.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, afirmando que en el *entrapment* el tentador actúa en la oscuridad, teniendo cuidado de ocultar su estratagema a la víctima.

realizado no podría achacarse a engaño alguno. En cambio, aquellos otros que estiman que el engaño es una circunstancia frecuente en el *entrapment*, pero no un elemento que lo defina, incluirían sin ningún problema dicho supuesto dentro de los límites del concepto⁵⁸⁸. Al fin y al cabo, el policía ha llevado a cabo una incitación a un delito con el objetivo de conseguir el castigo de su autor.

El problema de este debate es que los argumentos que sustentan una y otra postura se basan, simplemente, en intuiciones acerca de qué debería ser considerado como *entrapment*⁵⁸⁹. Desde mi punto de vista, dichas intuiciones no pueden fundamentar convincentemente cuál debería ser el ámbito conceptual de esta figura⁵⁹⁰. Al igual que ocurría con el concepto de agente provocador, el término *entrapment* no contiene una esencia que pueda plasmarse mejor o peor en una determinada definición. Resulta de escasa utilidad discutir en este plano qué papel debería tener el engaño —o cualquier otro elemento— en un concepto normativamente ligero de *entrapment*. En mi opinión, dicha discusión debería reservarse para su valoración normativa (¿qué relevancia tiene que un sujeto haya engañado a otro para lograr que delinca a la hora de determinar sus respectivas responsabilidades?). Un concepto normativamente ligero de estas características debería limitarse a plantear un problema. En consecuencia, el debate sobre sus límites debería ser, simplemente, un debate acerca del problema que se quiere plantear.

⁵⁸⁸ HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 9.

⁵⁸⁹ Vid. STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense”, cit., pág. 115; HO, “State entrapment”, cit., pág. 74; HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, cit., pág. 9.

⁵⁹⁰ Además, en última instancia, dichas intuiciones penden de la valoración normativa que cada autor cree que merece el *entrapment*. Tal y como admite HO, “State entrapment”, cit., pág. 74: “*las cuestiones acerca de qué es entrapment y por qué resulta objetable están entrelazadas*”. Sin embargo, operando de este modo se desvirtúa la tarea de delimitar un concepto que no prejuzgue la valoración jurídica de los supuestos que abarca.

7. Recapitulación: el concepto de agente provocador como herramienta metodológica

Tal como ya se ha expuesto, en este trabajo se empleará el término agente provocador para referirse a *cualquier sujeto que contribuya a que otro cometa un delito con el propósito de lograr su castigo*. En consecuencia, sujeto provocado será la *persona que recibe dicha contribución y cuyo castigo trata de conseguir el agente provocador*. De este modo, el ámbito conceptual de estas figuras quedará delimitado exclusivamente por dos elementos: a) la contribución a un delito; b) la finalidad de que la persona que lo comete sea sancionada.

La elección del concepto de agente provocador por el que se ha optado responde estrictamente al planteamiento de este trabajo. Dicha definición no tiene la pretensión de plasmar de la mejor manera posible la esencia del comportamiento contradictorio de aquellos que originariamente eran denominados *agents provocateurs*⁵⁹¹. Simplemente, delimita el problema que se quiere abordar. De este modo, el concepto de agente provocador se configura como una mera herramienta metodológica. No obstante, a diferencia de las aproximaciones tradicionales⁵⁹², en lugar de definir *a priori* el problema que se pretende tratar, aquí se ha optado por derivarlo del contenido de las construcciones jurisprudenciales analizadas anteriormente. El ámbito que abarcan dichas figuras se ha empleado para delimitar el concepto de sujeto provocado y este, a su vez, para definir el de agente provocador.

La razón por la que se ha operado de este modo es sencilla: el problema que aquí se pretende delimitar mediante el concepto de agente provocador deriva de las propias construcciones jurisprudenciales analizadas. En particular, de la intuición que subyace a todas ellas. Por ello, carecería de sentido delimitar un concepto cuya única finalidad es

⁵⁹¹ Sin embargo, considero que, al igual que todas las definiciones propias del concepto amplio de agente provocador, la delimitación conceptual escogida recoge la esencia de ese comportamiento contradictorio. En este sentido, la definición por la que se ha optado no difiere mucho de las propuestas por SALAMA, *L'agente provocatore*, cit., pág. 20; KARGE, *Der agent provocateur*, cit., pág. 18; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 473. Del mismo modo, guarda evidentes similitudes con los conceptos normativamente ligeros de *entrapment* enunciados por STITT/JAMES, "Entrapment and the entrapment defense", cit., pág. 114, y REDMAYNE, "Exploring Entrapment", cit., pág. 157.

⁵⁹² Tradicionalmente, el problema que se pretendía acotar con dicho concepto iba referido al dolo del inductor en la tentativa. En concreto, trataba de delimitar el problema de si el inductor debe actuar (o no) con dolo de consumación del hecho principal. Si se define agente provocador como incitador que actúa sin dolo de consumación, preguntarse por su responsabilidad equivale a cuestionar si el dolo de consumación constituye un requisito típico de la inducción. Del mismo modo, si se le caracteriza por favorecer una tentativa sin dolo de consumación, se plantea, de forma más amplia, el problema de cuál debe ser el alcance del dolo del partícipe. Asimismo, las definiciones que abarcan cualquier contribución a un delito que no ponga en riesgo el bien jurídico amplían el objeto de estudio a cualquier clase de infracción consumada.

acotar un objeto de investigación, *antes de identificar cuál es el problema que se pretende abordar*.

En todo caso, la definición escogida, debido a su amplitud⁵⁹³, obliga a especificar el contenido de los supuestos en los que el agente provocador y el sujeto provocado deberán ser castigados o absueltos. De este modo, se evitan los problemas que derivan de la pluralidad de supuestos subsumibles dentro de una misma definición de agente provocador. En este sentido, la definición por la que se ha optado, ni prejuzga la valoración jurídica de los comportamientos que abarca, ni presupone que todos ellos merezcan la misma valoración.

RUIZ ANTÓN critica esta clase de definiciones tan amplias afirmando que “*si la simple apreciación de una voluntad dirigida a conseguir la punición del provocado fuese suficiente para individualizarle conceptualmente, no veo que haya motivo alguno para segregar del régimen general el problema. Lo cierto es, sin embargo, que incluso los autores que sostienen este parecer, centran después la atención no en los casos en que el agente provocador quiere la consumación, sino precisamente en aquellos otros en los que cabe decir que su voluntad no capta la consumación, o nos encontramos ante un episodio de tentativa inidónea, o porque de cualquier otro modo no sobreviene el resultado típico*”⁵⁹⁴. No obstante, desde mi punto de vista, la amplitud del concepto no supone un problema, sino una ventaja. Obviamente, a la hora de valorar jurídico-penalmente la conducta del agente provocador, el análisis se centrará en los casos en que, a pesar de favorecer un delito, este carece de responsabilidad penal. Sin embargo, al partir de un concepto amplio, dicho análisis delimitará *cuándo el agente provocador debe permanecer impune* y no —como ocurre con el planteamiento de RUIZ ANTÓN— *cuándo alguien debe ser considerado agente provocador*. De este modo, se separa perfectamente el plano conceptual y el de la responsabilidad, se gana claridad en el análisis y se evitan muchas de las confusiones que propician las definiciones subsumibles dentro del concepto estricto de agente provocador.

Por ello, en adelante, las locuciones “agente provocador” y “sujeto provocado”, así como el verbo “provocar” y el sustantivo “provocación”, se emplearán exclusivamente para referirse a los conceptos normativamente ligeros delimitados al inicio de este epígrafe⁵⁹⁵. Esto es, para aludir a un sujeto —el agente provocador— que contribuye a que otro

⁵⁹³ En este sentido, la definición escogida reúne los dos únicos elementos que resultan comunes a todas las delimitaciones del concepto de agente provocador propuestas por la doctrina (vid. *supra* el apartado 2).

⁵⁹⁴ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 28.

⁵⁹⁵ En consecuencia, cuando en este trabajo se quiera aludir al acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1 CP —iniciación directa al delito a través de determinados medios— se hará expresa referencia a dicho precepto legal. Por otro lado, la “*provocación suficiente por parte del defensor*” (art. 20.4º tercero CP) que limita el alcance de la legítima defensa será denominada *provocación a la agresión*.

delinca —el sujeto provocado— con el propósito de lograr su castigo. En cambio, las denominaciones “delito provocado”, “*entrapment*”, “provocación policial” y “*unzulässige Tatprovokation*”, solamente serán utilizados para aludir a las correspondientes construcciones jurisprudenciales. Es decir, para hacer referencia a conceptos normativamente densos.

8. Distinción con figuras afines

Una vez definido el concepto de agente provocador, conviene diferenciar su contenido del propio de otros conceptos similares. En particular, por la frecuencia con la que se confunden, resulta especialmente necesario deslindar con claridad sus contornos respecto a los conceptos de “agente encubierto” e “infiltración policial”. Del mismo modo, para aclarar el concreto ámbito de esta investigación, también se estima útil comparar sus límites con los propios del concepto legal de “circulación o entrega vigilada”.

8.1. El agente encubierto y las infiltraciones policiales

Al igual que ocurre con la noción de agente provocador, los conceptos de “agente encubierto” e “infiltración policial” resultan sumamente controvertidos. Además, frecuentemente se confunden entre ellos y, también, con el propio concepto de agente provocador. Por esta razón, resulta pertinente aclarar cuál es su contenido y poner de relieve sus diferencias con la noción de agente provocador por la que aquí se ha optado. Para ello, en primer lugar, se delimitarán los respectivos conceptos de “agente encubierto” e “infiltración policial” por separado. En segundo término, una vez se haya aclarado su ámbito conceptual, se pondrán de manifiesto sus puntos de convergencia con el concepto de agente provocador. Por último, se hará una mención específica al problema que plantea el denominado “agente encubierto informático”.

8.1.1. Conceptos

El art. 282 bis.1 LECrim indica que el Juez de instrucción —o el Ministerio Fiscal dando inmediata cuenta a este último— puede autorizar a un policía “*a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*”. El mismo precepto indica que dicha autorización solo puede ser concedida para investigar “*actividades propias de la delincuencia organizada*”. El policía que resulta autorizado para ello, además de poder actuar bajo una identidad falsa y llevar a cabo ciertas conductas sobre objetos delictivos, queda exento de responsabilidad por “*aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*” (282 bis.5 LECrim) y goza de un régimen especial a la hora de declarar como testigo (282 bis.2 LECrim) o ser objeto de una acción penal (282 bis.5 *in fine* LECrim). La LECrim se refiere a dicho policía como “*agente encubierto*”. En este trabajo —al igual que en la Ley procesal— la denominación de agente encubierto

se reservará exclusivamente para *aquellos policías que reciben la autorización prevista en el art. 282 bis LECrim*⁵⁹⁶.

En cambio, la locución *infiltración policial* se empleará para aludir a todas aquellas actuaciones de la policía en que sus agentes ocultan su identidad y sus verdaderas intenciones. Es decir, a cualquier intervención policial en la que media un engaño sobre la condición personal e intenciones del agente de policía que interviene. Asimismo, la denominación *agente infiltrado* se utilizará para referirse a los agentes que llevan a cabo una infiltración policial. Esto es, para aludir a un policía que actúa ocultando su identidad y sus verdaderas intenciones.

De este modo, un *agente encubierto* será un policía autorizado en virtud del art. 282 bis LECrim para realizar una *infiltración policial*, esto es, para actuar como *agente infiltrado*. No en balde, el contenido principal de dicha autorización consiste en que la policía pueda “*actuar bajo identidad supuesta*” (282 bis.1 LECrim). En este sentido, la autorización del art. 282 bis LECrim dota de cobertura al engaño que subyace a toda infiltración policial.

Ahora bien, conviene destacar que los conceptos de agente encubierto y de infiltración policial se mueven en planos distintos. La noción de agente encubierto designa la *cualidad personal* del policía que resulta autorizado —en virtud del art. 282 bis LECrim— para llevar a cabo una infiltración policial. En cambio, el concepto de infiltración policial describe una determinada *actuación* caracterizada por la ocultación

⁵⁹⁶ A pesar de que nuestra Ley procesal emplea la locución “agente encubierto” para referirse al policía que recibe la autorización del art. 282 bis LECrim, la doctrina y la jurisprudencia a menudo utilizan dicha denominación para aludir a nociones muy diversas. En primer lugar, varios autores definen como tal al *sujeto que da lugar a un delito comprobado*. En este sentido, SOBRINO FERNÁNDEZ, “El delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Problemas de autoría*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 398; MONTÓN GARCÍA, “Agente provocador y agente encubierto”, cit., pág. 2128. En segundo término, una parte de la doctrina emplea dicha denominación para referirse al *policía que actúa ocultando su identidad y sus verdaderas intenciones* (en el texto “agente infiltrado”). Así, GUARIGLIA, “El agente encubierto”, cit., pág. 49; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 27, núm. 57, 2011, pág. 73. También las SSTs 1366/1994, de 1-7; 319/1998, de 9-3; 1361/1998, de 14-11; 2081/2001, de 9-11. Por último, otros autores se refieren con este término al *policía que actúa ocultando su identidad y verdaderas intenciones de tal modo que su intervención requiere la autorización del 282 bis LECrim para ser legítima* (en el texto “policía que lleva a cabo una infiltración de larga duración”). En esta dirección, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., págs. 14 y 166; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 65. En todo caso, emplear cualquiera de estas tres acepciones de “agente encubierto” comporta una patente descoordinación terminológica con nuestro texto procesal. En tanto que la LECrim asocia a dicha locución determinadas consecuencias procesales y materiales —por ejemplo, en el art. 282 bis.5 LECrim: “*el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que...*”— no resulta satisfactorio utilizar este mismo término para referirse a sujetos que no quedan vinculados a ellas.

de la identidad y las verdaderas intenciones de un policía⁵⁹⁷. Por tanto, afirmar que se ha producido una infiltración policial no presupone que haya intervenido un agente encubierto. El protagonista de una infiltración policial solamente será un agente encubierto cuando dicho sujeto haya recibido el previo plácet del art. 282 bis LECrim para llevarla a cabo. En otras palabras, aunque el agente encubierto está autorizado para actuar como agente infiltrado, no todo agente infiltrado será un agente encubierto.

Además, la noción de infiltración policial tampoco prejuzga la valoración normativa que merecen las actuaciones que abarca. En este sentido, se trata de un concepto normativamente ligero⁵⁹⁸. Aunque la autorización del art. 282 bis LECrim tiene como objeto una infiltración policial, de ello no se deriva que toda infiltración policial no autorizada en virtud de dicho artículo sea ilegítima. Dicho de otro modo, el concepto de infiltración policial —o el de agente infiltrado— no presupone que las actuaciones que comprende necesiten ser autorizadas en virtud del art. 282 LECrim para ser legítimas. La legitimidad o ilegitimidad de una infiltración policial es una cuestión ajena a su delimitación conceptual.

En cambio, la doctrina ha desarrollado dos conceptos contrapuestos que sí prejuzgan la valoración normativa de una infiltración policial⁵⁹⁹. Es decir, dos *conceptos normativamente densos* de infiltración policial. Así, las *infiltraciones policiales de larga duración* serían aquellas que, debido a su duración, requerirían ser autorizadas en virtud del art. 282 bis LECrim para ser legítimas. Esta clase de infiltraciones policiales solo podrían ser llevadas a cabo *legítimamente* por un agente encubierto. Por otro lado, las *infiltraciones policiales de corta duración* no requerirían el previo plácet del art. 282 bis LECrim para realizarse de forma legítima. Dichas infiltraciones policiales serían legítimas aunque no las efectuara un agente encubierto.

La doctrina sustenta la distinción entre infiltraciones policiales de larga y corta duración en base a su incidencia sobre los derechos fundamentales de las personas a las que el agente infiltrado oculta su identidad e intenciones⁶⁰⁰. Mientras que las primeras

⁵⁹⁷ En sentido similar, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 10 y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 67, consideran que el concepto de infiltración describe una "técnica de investigación".

⁵⁹⁸ Sobre la distinción entre conceptos normativamente densos y ligeros vid. *supra* el apartado 4.

⁵⁹⁹ El desarrollo de dichos conceptos se encuentra muy influido por la jurisprudencia alemana y, en especial, por la BGHSt 41, 64.

⁶⁰⁰ LÓPEZ ORTEGA, "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez", *Cuadernos de derecho judicial: Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 296; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., págs. 176 ss; ESPINOSA DE LOS

restringirían un derecho fundamental de los sujetos investigados —y por ello requerirían la autorización del art. 282 bis LECrim para llevarse a cabo legítimamente— las segundas no afectarían a dicho derecho. El derecho en cuestión sería, según algunos autores, la *autodeterminación informativa*⁶⁰¹ y, según otros, la *intimidad*⁶⁰². Así, el concepto de infiltración policial de larga duración presupondría la afectación a uno u otro derecho. En cambio, el concepto de infiltración policial de corta duración prejuzgaría su no afectación. De este modo, las pruebas derivadas de una infiltración policial de larga duración deberían ser nulas si esta no fue debidamente autorizada⁶⁰³—es decir, no fue llevada a cabo por un agente encubierto— y, en cambio, las evidencias obtenidas mediante una infiltración policial de corta duración serían lícitas aunque no contaran con el plácet del art. 282 bis LECrim⁶⁰⁴.

La delimitación entre infiltraciones policiales de larga y corta duración no es una cuestión pacífica. Desde luego, no parece una tarea sencilla determinar en qué momento una infiltración policial, por sí misma, incide en la autodeterminación informativa o intimidad de los sujetos investigados. Es decir, cuándo la ocultación de la identidad e intenciones de un policía —al margen de otras eventuales actuaciones que pueda llevar a cabo en el marco de su infiltración— afecta a los mentados derechos fundamentales. En este sentido, el contenido de ambas categorías resulta notablemente difuso⁶⁰⁵. En todo caso, tanto el factor *temporal* —cuánto tiempo ha durado la ocultación— como el relativo a la *intensidad* de la infiltración —cuál ha sido el grado de presencia del agente infiltrado en

MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 179. EL MISMO, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, cit., pág. 73.

⁶⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 102; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, cit., pág. 132.

⁶⁰² LÓPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en la investigación penal”, cit., pág. 297; DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, *Actualidad penal*, núm. 1, 2000, pág. 9; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; DARÍO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada: notas desde el derecho penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una interna y supranacional”, en *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, pág. 170; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 183; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 2, 2017, pág. 522.

⁶⁰³ En base a este planteamiento, DARÍO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada”, cit., pág. 172, y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, cit., pág. 522, se muestran especialmente críticos con la posibilidad de que la autorización del art. 282 bis LECrim pueda ser concedida por el Ministerio Fiscal.

⁶⁰⁴ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 178, indica que esta clase de infiltraciones “no son diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Por eso, pueden resultar admisibles, a pesar de no estar expresamente contempladas por la legislación vigente, conforme a la habilitación legal que para la investigación concede el art. 282 LECrim a la policía judicial”.

⁶⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 170.

la esfera personal del investigado—parecen tener una especial relevancia a la hora de delimitar ambos conceptos⁶⁰⁶. Las infiltraciones policiales que hayan generado *relaciones de confianza* prolongadas con las personas investigadas tenderán a ser calificadas como infiltraciones de larga duración, mientras que aquellas otras que no hayan generado vínculos personales relevantes con las mismas acostumbrarán a ser consideradas como infiltraciones de corta duración⁶⁰⁷.

GASCÓN INCHAUSTI enuncia seis criterios para diferenciar ambas categorías: 1) factor temporal; 2) factor de la intensidad; 3) vinculación de la infiltración con la delincuencia organizada; 4) número de personas afectadas por el engaño del agente infiltrado; 5) quomodo de la infiltración; 6) riesgo para el tráfico jurídico que supone la infiltración⁶⁰⁸. No obstante, desde mi punto de vista, solamente los criterios 1) y 2) pueden llegar a ser relevantes para distinguir entre las infiltraciones policiales que afectan a la autodeterminación informativa o intimidad, y las que no.

En mi opinión, el criterio 3) no guarda relación con la incidencia que puede tener una infiltración policial en los derechos fundamentales apuntados. Es decir, la *vinculación con la delincuencia organizada* no es un parámetro que permita diferenciar entre infiltraciones de larga y corta duración. Más bien, se trata de un requisito de *legitimidad* para las infiltraciones de larga duración. En efecto, el art. 282 bis.1 LECrim condiciona la autorización del agente encubierto —es decir, del policía que puede llevar a cabo legítimamente una infiltración de larga duración— a que “*se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*”. De este modo, la restricción del derecho fundamental que presupone una infiltración de larga duración solamente quedará justificada cuando el fin perseguido sea investigar actividades propias de la delincuencia organizada. Por tanto, la vinculación de la infiltración con la delincuencia organizada no es un rasgo distintivo de las infiltraciones de larga duración

⁶⁰⁶ KREY, “Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität“, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 598; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 172; C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 310.

⁶⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 176.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pág. 172, refiriéndose a la “*distinción entre la infiltración regulada por la Ley (ahora, por el art. 282-bis LECrim) y las operaciones de infiltración de corta duración*”. En gran parte, la crítica que se efectúa en el texto a los criterios que emplea GASCÓN INCHAUSTI para diferenciar estas dos categorías se basa en que este autor equipara “infiltración regulada por la Ley” con “infiltración de larga duración”. De este modo, integra en un solo concepto lo que aquí ha sido denominado agente encubierto —policía que recibe el plácat del art. 282 bis LECrim— e infiltración de larga duración. Esto mismo acostumbra a hacer la doctrina alemana al distinguir entre *verdeckter Ermittler* y *nicht offen ermittelnder Polizeibeamter*. Vid. por ejemplo KREY, “Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität“, cit., pág. 598.

—es decir, de las infiltraciones que afectan a derechos fundamentales— sino de las infiltraciones de larga duración *legítimas*. Una infiltración de larga duración no dejará de serlo por encontrarse desvinculada de la delincuencia organizada. Lo contrario supondría otorgar más garantías al crimen organizado que a cualquier otra clase de delincuencia. Así, un agente infiltrado podría aducir que estaba investigando un delito individual para sostener que su infiltración no era de larga duración y que, por ello, no requería autorización alguna para llevarla a cabo. Obviamente, esto no tendría ningún sentido. La vinculación con la delincuencia organizada no constituye una *razón* por la que una infiltración restrinja derechos fundamentales, sino una *condición* para que una infiltración policial que sí los restrinja sea legítima. El vínculo con el crimen organizado no explica por qué una determinada infiltración policial afecta a derechos fundamentales, sino por qué dicha afectación se encuentra justificada. Por ende, no puede emplearse como criterio para diferenciar entre infiltraciones de larga y corta duración.

Por otro lado, los criterios 4) —*número de personas afectadas por el engaño del agente infiltrado*— y 5) —*quomodo de la infiltración*— están íntimamente relacionados con el anterior y, en consecuencia, deben ser descartados por el mismo motivo. Respecto al criterio 4) GASCÓN INCHAUSTI indica que “*la infiltración de un agente encubierto precisa la existencia de un mínimo de tres posibles imputados (así se deduce de la noción de delincuencia organizada que contiene el apdo. 4 del art. 282-bis LECrim); cuando se trata de operaciones de corta duración, en cambio, suele ser habitual que la actividad policial se dirija contra una sola persona*”⁶⁰⁹. De nuevo, aquí se está confundiendo la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración —es decir, entre las infiltraciones que requieren el plácet del art. 282 bis LECrim para ser legítimas y las que no— con las condiciones que requiere el art. 282 bis LECrim para que las infiltraciones de larga duración sean legítimas. Es decir, se están mezclando los ejes: a) infiltración de larga duración/infiltración de corta duración; b) infiltración de larga duración legítima/infiltración de larga duración ilegítima. El eje a) se centra en cuándo una infiltración policial necesita la autorización del 282 bis LECrim para ser legítima. En cambio, el eje b) versa sobre las condiciones en que puede otorgarse dicha autorización. El criterio relativo al número de personas investigadas solamente tiene relevancia respecto al eje b). En este sentido, el art. 282 bis.4 LECrim hace una interpretación auténtica de delincuencia organizada como “*asociación de tres o más personas*” con el fin de cometer determinados delitos. De este modo, condiciona la autorización del art. 282 bis LECrim a que existan un mínimo de tres personas investigadas. Sin embargo,

⁶⁰⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 173.

dicho requisito nada nos dice acerca de cuándo resulta necesario obtener dicha autorización para que una infiltración policial sea legítima. Es decir, no sirve para determinar cuándo una infiltración policial restringe derechos fundamentales. Por ello, no puede emplearse como criterio para distinguir entre infiltraciones de larga y corta duración. Lo mismo ocurre con el criterio 5). Otra vez, citando a GASCÓN INCHAUSTI “*El agente encubierto busca, ante todo, la entrada en una organización delictiva para, desde dentro, hacer acopio del máximo volumen de información posible que afecte al mayor número de personas y al máximo número de actividades delictivas (en términos matemáticos, se busca una «optimización»): el engaño le hace falta, sobre todo, para introducirse y mantenerse en la organización*”⁶¹⁰. Que un agente infiltrado trate de introducirse y mantenerse en una organización delictiva es una condición para que su infiltración pueda ser autorizada en virtud del art. 282 bis LECrim, pero es irrelevante para determinar si dicha infiltración vulnera o no derechos fundamentales⁶¹¹. Por tanto, tampoco puede contribuir a la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración.

En definitiva, los criterios 3), 4) y 5) no sirven para establecer los límites entre las infiltraciones de larga y corta duración, sino para delimitar entre las infiltraciones que pueden quedar autorizadas por el art. 282 bis LECrim y las que no. En otras palabras, *no nos dicen cuándo una infiltración necesita justificación, sino cuándo una infiltración que necesita justificación puede quedar justificada*. Teniendo en cuenta que la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración viene determinada por su incidencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas, los límites entre ambas infiltraciones únicamente pueden basarse en el contenido de dichos derechos constitucionales. Por ello, *la respuesta a cuándo una infiltración necesita justificación solo nos la puede dar la Constitución*. En cambio, la referencia a la delincuencia organizada —en la que se apoyan los criterios 3), 4) y 5)— proviene del art. 282 bis LECrim. Dicha referencia deriva de la Ley y, por tanto, no puede contribuir a determinar cuándo una infiltración necesita justificación. En su lugar, el requisito del art. 282 bis.1 LECrim que limita la autorización del agente encubierto a la investigación de “*actividades propias de la delincuencia organizada*” solo puede decirnos cuándo una restricción de derechos fundamentales será legítima. Esto es, *cuándo una infiltración que necesita justificación puede quedar justificada*.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ Más allá de que, para tener éxito, normalmente esta clase de infiltraciones deban prolongarse en el tiempo y generar vínculos personales estrechos con las personas investigadas, lo cual, ya queda recogido en los criterios 1) y 2).

Por último, el criterio 6) se refiere a “*los peligros para el tráfico jurídico general que supone la actuación prolongada en el tiempo de una persona que disfruta de una identidad supuesta; riesgos que por definición se aminoran o desaparecen cuando la operación no requiere de manera necesaria el contacto con terceros*”⁶¹². Así, parecería que uno de los criterios a tener en cuenta para determinar si una infiltración policial requiere la autorización del art. 282 bis LECrim es el *riesgo que genera para la seguridad del tráfico jurídico general*. Esto es, los peligros que entraña la ocultación de la identidad policial *para terceros ajenos a la investigación*. Por ejemplo, si el agente infiltrado ha de alquilar una vivienda con un nombre falso para poder dar cobertura a su infiltración, el engaño acerca de su verdadera identidad puede llegar a producir perjuicios en el tráfico jurídico y, en especial, sobre el propietario del inmueble. El riesgo de que se generen esta clase de perjuicios podría ser un criterio para delimitar cuándo una infiltración precisa el plácet del art. 282 bis LECrim. No en balde, el art. 282 bis.1 LECrim habilita al agente encubierto para “*actuar bajo identidad supuesta*” y “*participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad*”.

Sin embargo, emplear el criterio del riesgo sobre el tráfico jurídico para diferenciar entre infiltraciones de larga y corta duración *supone desvirtuar la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración*. En efecto, tal y como se ha expuesto, el concepto de infiltración de larga duración presupone la restricción de un derecho fundamental—autodeterminación informativa o intimidad— de la persona investigada. Por contra, el de infiltración de corta duración prejuzga la no afectación de dicho derecho. Por esa razón, las primeras requerirían la autorización del art. 282 bis LECrim para ser legítimas, y las segundas no. Utilizar un criterio que nada tiene que ver con la afectación a derechos fundamentales de las personas investigadas para distinguir entre infiltraciones de larga y corta duración supone desnaturalizar ambas categorías. Es decir, implica negar su presupuesto conceptual. Si el riesgo para el tráfico jurídico es un criterio relevante para distinguir entre infiltraciones de larga y corta duración, entonces la distinción entre ambas categorías no tendría que ver con la restricción de derechos fundamentales de las personas investigadas. Y lo más importante, entonces la realización de una infiltración de larga duración que no haya sido autorizada en virtud del art. 282 bis LECrim *no comportaría la nulidad de las pruebas obtenidas*. En tanto que las infiltraciones de larga duración no presupondrían la afectación de un derecho fundamental del sujeto investigado —pues su delimitación se llevaría a cabo con criterios ajenos a dicha afectación— la falta de

⁶¹² GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 174. De todos modos, el propio GASCÓN INCHAUSTI reconoce que esto último no constituye un argumento suficiente para distinguir entre ambas categorías.

autorización de las mismas no tendría por qué comportar la ilicitud de las evidencias conseguidas (art. 11 LOPJ). En definitiva, si el riesgo para el tráfico jurídico es un elemento que diferencia las infiltraciones de larga y corta duración, ni las infiltraciones de larga duración presupondrían la restricción de derechos fundamentales —o las de corta duración su no restricción— ni la falta de autorización de las mismas prejuzgaría la nulidad de las pruebas obtenidas. Por ende, si se quiere mantener que la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración se basa en que las primeras afectan a derechos fundamentales y las segundas no —y por tanto que la falta de autorización de las primeras comporta la nulidad de las pruebas obtenidas y la ausencia de autorización de las segundas no⁶¹³— el riesgo que suponen para el tráfico jurídico no puede ser un criterio relevante para delimitar unas y otras.

Ahora bien, resulta evidente que *para asegurar la eficacia* de determinadas infiltraciones —sobre todo las de larga duración, aunque no exclusivamente— será necesario que el agente infiltrado atente contra la seguridad del tráfico jurídico, por ejemplo, empleando documentación falsa para realizar algunos negocios jurídicos. Del mismo modo, las perspectivas de éxito de muchas infiltraciones serían nulas si la policía no pudiera “*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*” (art. 282 bis.1 LECrim). Por último, la infiltración en algunas clases de grupos criminales sería inviable si el agente infiltrado tuviera prohibido cometer determinadas infracciones que sirvieran para probar su lealtad a la organización a la que trata de incorporarse (pruebas de castidad). Precisamente por ello el art. 282 bis LECrim autoriza al *agente encubierto* —esto es, al policía que recibe el plácet previsto en dicho artículo— para actuar bajo identidad supuesta en el tráfico jurídico, llevar a cabo ciertas conductas sobre objetos delictivos y, además, lo exime de responsabilidad por la comisión de determinados delitos. No obstante, las actuaciones que autoriza el art. 282 bis LECrim *no son una característica de las infiltraciones de larga duración*. Es decir, no constituyen una *razón* por la cual una infiltración restringe derechos fundamentales. Si un agente infiltrado no autorizado en virtud del art. 282 bis LECrim llevara a cabo alguna de dichas actuaciones *las pruebas obtenidas mediante su infiltración no deberían ser declaradas nulas*. En su lugar, la ausencia del previo plácet del art. 282 bis LECrim podría suponer, a lo sumo, que el agente infiltrado debiera responder penalmente por algún ilícito penal en el que hubiera podido incurrir. Así, por ejemplo, si ha tenido que emplear un documento de identidad falso para alquilar una vivienda, podría ser castigado por un delito de falsedad documental. Habida cuenta de que no estaba autorizado por el art. 282

⁶¹³ Lo cual admite el propio GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 180.

bis LECrim para actuar en el tráfico jurídico bajo identidad supuesta, los ilícitos penales cometidos tendentes a ocultar su verdadera identidad no quedarían justificados. Lo mismo ocurriría respecto a los delitos de tráfico de drogas (art. 368 CP) o de omisión de promover la persecución de delitos (art. 408 CP) que hubiera podido cometer al transportar o diferir la incautación de sustancias estupefacientes en el marco de su infiltración. Del mismo modo, los delitos realizados para probar su lealtad al grupo en que trataba de integrarse no quedarían justificados⁶¹⁴.

Que un agente infiltrado deba responder penalmente por alguno de estos delitos —por no haber sido autorizado en virtud del art. 282 bis LECrim— nada nos dice acerca de la licitud de las pruebas que haya podido obtener en el marco de su infiltración. Por ello, la siguiente afirmación de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA no puede ser completamente suscrita: “*cuando se afirma que el agente no está exento de responsabilidad criminal, la prueba obtenida tampoco es utilizable, pues procede de una obtención delictiva y, por consiguiente, ilegal*”⁶¹⁵. Nuestro ordenamiento jurídico limita el ámbito de la ilicitud probatoria a las evidencias obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. El tenor literal del art. 11 LOPJ es especialmente claro a este respecto: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”⁶¹⁶. Por esta razón, el castigo del agente infiltrado no convierte automáticamente en ilícitas las pruebas que haya adquirido. Dicha ilicitud solo se producirá cuando los delitos cometidos restrinjan derechos fundamentales de los sujetos investigados⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Más allá de que excepcionalmente pudiera reconocerse una causa de justificación por estado de necesidad si la vida del agente infiltrado corría peligro al negarse a realizar dicha prueba y, por tanto, delatarse. Esto es precisamente lo que ocurre en Alemania con el *verdeckter Ermittler* (§ 110 StPO) por no prever su regulación procesal una exención de responsabilidad análoga a la que contiene nuestro art. 282 bis.5 LECrim. Vid. al respecto GUARIGLIA, “El agente encubierto”, cit., pág. 50.

⁶¹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El agente encubierto”, LL, núm. 2, 1999, págs. 1956-1957. En el mismo sentido se pronuncian MONTÓN GARCÍA, “Agente provocador y agente encubierto”, cit., pág. 2129; PÉREZ ARROYO, “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal”, LL, núm. 1, 2000, pág. 1768; CARDOSO PEREIRA, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, 2ª ed., Juruá, Lisboa, 2016, pág. 713.

⁶¹⁶ Sin duda, la solución a estos supuestos sería diferente si la formulación de este artículo de la LOPJ se hubiera mantenido tal y como la aprobó inicialmente el Congreso de los Diputados. En dicha formulación la ineficacia probatoria se extendía, no solo a los medios de prueba logrados con infracción de derechos fundamentales, sino también a la prueba obtenida “*de modo contrario a la ética o al Derecho*”. Vid. al respecto PICÓ I JUNOY, “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 320, nota 11. Tal y como indica este autor, el Senado finalmente modificó el texto que le remitió el Congreso, restringiendo ex proceso el ámbito de la ineficacia probatoria a las “*pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*” (art. 11 LOPJ).

⁶¹⁷ En el mismo sentido GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 253; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, cit., pág. 102.

La autorización del art. 282 bis LECrim, además de permitir que el agente encubierto lleve a cabo *legítimamente* una infiltración de larga duración, justifica que realice determinados tipos delictivos en pos de la *eficacia* de su actuación⁶¹⁸. De este modo, el plácet del art. 282 bis LECrim será necesario, o bien cuándo una infiltración lo requiera para ser legítima, o bien cuándo lo requiera para ser eficaz. Aunque normalmente ambas necesidades irán de la mano —pues la realización de determinados tipos delictivos acostumbrará a ser mucho más imprescindible en infiltraciones de larga duración— no siempre será así. Ni todas las infiltraciones que requieren la autorización del art. 282 bis LECrim para ser legítimas necesitan la realización de algún hecho típico para ser eficaces, ni todas las infiltraciones que requieren la comisión de un tipo penal para ser eficaces necesitan el plácet del art. 282 LECrim para ser legítimas. Los criterios que determinan lo uno y lo otro son distintos y, además, las consecuencias de no contar con la autorización del art. 282 bis LECrim en uno y otro caso también varían. Los criterios que determinan cuándo una infiltración requiere el plácet del art. 282 bis LECrim para ser legítima penden del contenido de los derechos fundamentales afectados por la infiltración y, por ello, la consecuencia de no contar con dicho plácet es la nulidad de las pruebas obtenidas. En cambio, los criterios conforme a los cuales una infiltración necesita que se lleven a cabo hechos típicos para ser eficaz tienen que ver con las vicisitudes de la infiltración —si deberá ponerse en riesgo el tráfico jurídico con un documento de identidad falso, si deberán transportarse drogas o diferirse su incautación, si deberá realizarse alguna prueba de castidad, etc.— y las consecuencia de no contar con la autorización del art. 282 bis LECrim será la no justificación de dichos hechos, esto es, el castigo del agente infiltrado.

Por ello, conviene poner de manifiesto que un agente encubierto —esto es, un policía que recibe la autorización del art. 282 bis LECrim— *no es un policía que lleva a cabo una infiltración de larga duración*. A pesar de que la doctrina suele emplear estos dos conceptos como si fueran uno solo⁶¹⁹, resulta de gran utilidad distinguir entre infiltraciones de larga duración y agente encubierto. Esto es, entre las *infiltraciones policiales* que —por afectar a derechos fundamentales— requieren la autorización del art. 282 bis LECrim para ser legítimas, y los *policías* que reciben dicha autorización. De este

⁶¹⁸ Tal y como indica GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 274, dicha justificación sirve para “*incrementar el grado de eficacia de esta técnica investigadora —si el agente encubierto tuviese prohibida la comisión de delitos su infiltración sería prácticamente ilusoria— así como a otorgar mayor seguridad jurídica a los agentes dispuestos a ponerla en práctica*”. Similar GARCÍA SÁNCHEZ, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, cit., pág. 45.

⁶¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., págs. 14 y 166; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 65.

modo se separa claramente el plano conceptual y el de la legitimidad —un policía que lleva a cabo una infiltración de larga duración puede hacerlo ilegítimamente por no contar con el plácat del art. 282 bis LECrim— y, sobre todo, se contribuye a poner de relieve que la autorización que recibe el agente encubierto también sirve a otras finalidades distintas a la de justificar la restricción de derechos fundamentales que presupone una infiltración de larga duración. En efecto, un agente encubierto es un policía que *puede* llevar a cabo legítimamente una infiltración que restrinja derechos fundamentales y, también, realizar de forma justificada ciertos hechos típicos necesarios para que una infiltración sea eficaz. En ocasiones la autorización que recibe tendrá como principal objetivo lo primero y, otras veces, lo segundo. Es decir, la necesidad de obtener el plácat del art. 282 bis LECrim podrá traer causa, tanto de consideraciones de *legitimidad*, como de consideraciones de *eficacia*. En todo caso, la actuación de un agente encubierto *no presupone que se restrinjan derechos fundamentales de las personas a las que investiga*. A veces esto ocurrirá —y dicha restricción podrá ser legítima en virtud de su autorización—, y a veces no. Al contrario de lo que sucede con el concepto de infiltración de larga duración —que sí presupone la restricción de la autodeterminación informativa o la intimidad—, el concepto de agente encubierto no prejuzga que la actuación policial autorizada incida en derecho fundamental alguno.

Por esta razón, desde mi punto de vista, el siguiente argumento no puede ser suscrito: “*la infiltración policial es lesiva por sí misma, con independencia de las posibles actuaciones que lleve a cabo el agente encubierto; de lo contrario, no haría falta una autorización judicial inicial para la infiltración en cuanto tal*”⁶²⁰. En primer lugar, el razonamiento expuesto incurre en la falacia denominada “afirmación del consecuente”⁶²¹. La premisa de este argumento sería: si una infiltración es lesiva de derechos fundamentales significa que necesita una autorización judicial (si A, entonces B). Pues bien, aunque se admitiera la corrección de esta premisa⁶²², de ello no se derivaría que una infiltración que necesite

⁶²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 105. NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 131, llevan a cabo una argumentación muy similar: “*al exigir la autorización expresa del Juez o Fiscal para poder proceder a la infiltración es porque considera que desde la primera etapa se comienza a lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos*”. También CARDOSO PEREIRA, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, cit., pág. 699.

⁶²¹ Dicha falacia formal tiene la siguiente estructura: Si A, entonces B (premisa); B, por lo tanto A (conclusión). Aunque la premisa sea verdadera, de ella no puede derivarse la conclusión a la que se llega. Por ejemplo: si nieva significa que hace frío (premisa verdadera); hace frío, por lo tanto nieva (conclusión que puede ser falsa). Vid. al respecto MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 248.

⁶²² Adviértase que no todas las restricciones de derechos fundamentales requieren autorización judicial para ser legítimas. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la legitimidad de determinadas injerencias leves en el derecho a la intimidad sin requerir para ello autorización judicial alguna. Vid. al

autorización judicial sea lesiva de derechos fundamentales (B, por lo tanto A). Tal y como ya se ha expuesto, la respuesta a cuándo una infiltración policial incide en derechos fundamentales solo nos la puede dar la Constitución. Del hecho de que la Ley (procesal) prevea una autorización judicial para la infiltración que lleva a cabo el agente encubierto no se deriva —ni se puede derivar— que la infiltración del agente encubierto restrinja derechos fundamentales. Tal inferencia no puede realizarse *lógicamente*.

En segundo lugar, aunque se presumiera que el legislador no hace las cosas porque sí —es decir, que la exigencia de autorización judicial para el agente encubierto no es arbitraria— existe una explicación alternativa a la necesidad de que el agente encubierto sea autorizado judicialmente. En concreto, que la infiltración que lleve a cabo el agente encubierto requiera la realización de determinados hechos típicos para ser eficaz. En tanto que la LECrim prevé una justificación (jurídico-penal) para ciertas actuaciones típicas del agente encubierto⁶²³, resulta una decisión legislativa racional someter dicha justificación a una previa autorización judicial.

En definitiva, de los seis criterios enunciados por GASCÓN INCHAUSTI para distinguir entre clases de infiltraciones, solo el 1) y el 2) son relevantes para diferenciar entre infiltraciones de larga y corta duración. Es decir, únicamente la duración y la intensidad de la infiltración determinan si esta afecta, por sí misma, a la autodeterminación informativa o intimidad de las personas investigadas. Por ello, estos criterios delimitan cuándo una infiltración requiere la autorización del art. 282 bis LECrim *por razones de legitimidad*. En cambio, el criterio 6) delimita cuándo una infiltración necesita el plácet de dicho artículo *por razones de eficacia*. En efecto, el riesgo sobre el tráfico jurídico que implica una infiltración solo resulta trascendente para determinar si un agente infiltrado precisará realizar ciertos hechos típicos —en especial, falsedades documentales— de cara a lograr que su actuación sea eficaz. Por último, los criterios 3), 4) y 5) representan condiciones para autorizar a un policía como agente encubierto. Esto es, condiciones para que una infiltración que restrinja derechos fundamentales pueda ser legítima y, además, para que el agente infiltrado pueda realizar determinados hechos típicos en pos de la eficacia de su intervención.

8.1.2. Puntos de convergencia

El concepto de agente provocador por el que se ha optado en este trabajo no tiene ningún punto de convergencia con las nociones expuestas de infiltración policial e infiltración

respecto las SSTC 70/2002, de 3-4; 173/2011, de 7-11; 142/2013, de 9-5. También DARÍO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada”, cit., pág. 172.

⁶²³ El StPO no prevé una justificación jurídico-penal similar y, por tanto, sería más complicado encontrar una explicación alternativa a la necesidad de que el *verdeckter Ermittler* sea autorizado judicialmente.

policial de larga y corta duración. Sin embargo, en apariencia, guarda alguna clase de relación con el concepto legal de agente encubierto y su regulación legal. En especial, con la previsión del art. 282 bis.5 LECrim que exime de responsabilidad penal al agente encubierto por determinadas actuaciones siempre que estas “no constituyan una provocación al delito”.

8.1.2.1. Agente provocador e infiltración policial

En primer lugar, el concepto de *infiltración policial* enunciado delimita todas aquellas actuaciones de la policía en que sus agentes ocultan su identidad y sus verdaderas intenciones. En cambio, el de agente provocador abarca cualquier contribución a que otro cometa un delito con el propósito de lograr su castigo. Pues bien, resulta evidente que el contenido de ambos conceptos no tiene ningún punto de contacto. Obviamente, en el marco de una infiltración policial puede producirse una provocación⁶²⁴. Es decir, un agente infiltrado puede actuar como agente provocador. Sin embargo, la relación entre ambos conceptos es meramente contingente. En este sentido, dicha relación sería análoga a la que existe entre el delito de homicidio y el agravante de disfraz. En un caso concreto la conducta de un individuo puede ser calificada como un homicidio con agravante de disfraz, pero no hay nada que vincule un concepto con el otro más allá de su posible concurrencia simultánea en un supuesto particular. Lo mismo ocurre con la infiltración policial y el agente provocador. Un agente infiltrado no tiene por qué llevar a cabo una provocación. La conducta que caracteriza al policía que es calificado como tal consiste en ocultar su identidad y verdaderas intenciones, lo cual, en ningún caso presupone alguno de los elementos definitorios del agente provocador. Y viceversa. Un agente provocador no tiene por qué ser un agente infiltrado. Mientras que un agente infiltrado siempre es un policía, un agente provocador puede ser un particular. Incluso, un policía que actúa como agente provocador no tiene que ser necesariamente un agente infiltrado. El concepto de agente infiltrado presupone que la policía oculta su identidad e intenciones y, en cambio, la noción de agente provocador por la que se ha optado no prejuzga la concurrencia de engaño u ocultación alguna.

Recuperemos uno de los ejemplos expuestos anteriormente: *Un policía uniformado provoca mediante insultos a un sujeto para que lo agrede. Ambos saben perfectamente que los insultos son una mera excusa para conseguir una detención. Finalmente, el sujeto insultado agrede al policía y este procede a su detención por un delito de lesiones*⁶²⁵. En

⁶²⁴ Adviértase que aquí se emplea el término “provocación” en el sentido de “actuación de un agente provocador”. Vid. *supra* el apartado 7.

⁶²⁵ HO, “State entrapment”, cit., pág. 74.

este caso, el policía ha actuado como agente provocador —pues ha contribuido a la comisión de un delito con el propósito de lograr el castigo de su autor— pero no como agente infiltrado —pues no ha ocultado su identidad y verdaderas intenciones—.

8.1.2.2. Agente provocador e infiltración policial de corta duración

Por otro lado, tampoco existe ningún punto de contacto entre el concepto de agente provocador y las nociones de infiltración policial de larga duración y/o infiltración policial de corta duración. No podría ser de otra manera teniendo en cuenta que las infiltraciones de larga y corta duración son clases de infiltraciones policiales —que prejuzgan la afectación o no afectación a derechos fundamentales— y, tal como se ha expuesto, entre el concepto de agente provocador y el de infiltración policial no media punto de contacto alguno. Además, mientras que el concepto de agente provocador es normativamente ligero, los de infiltración de larga y corta duración son normativamente densos. En este sentido, ni siquiera la naturaleza de unos y otros conceptos resulta equiparable.

Ahora bien, debido a que la doctrina acostumbra a vincular agente provocador e infiltración de corta duración⁶²⁶, resulta necesario aclarar algunos equívocos. En primer lugar, debe admitirse que las actuaciones de un agente provocador son más frecuentes en el marco de infiltraciones de corta duración que en el contexto de una infiltración de larga duración⁶²⁷. Esto tiene sentido, en una infiltración de corta duración —que no restringe derechos fundamentales y, por ello, tiene una duración e intensidad reducida— el recurso a la provocación por parte del agente infiltrado puede ser la única vía para lograr acceder a determinados eslabones de una cadena delictiva. Así, por ejemplo, un policía de paisano puede descubrir con cierta facilidad quién es el suministrador de la droga que venden unos pequeños traficantes si se dirige a ellos como aparente comprador y les solicita una cantidad de estupefacientes lo suficientemente elevada para que tengan que ponerse en contacto con su proveedor. Sin el recurso a la provocación, esta clase de información difícilmente sería accesible para la policía en el marco de una infiltración de corta duración, pues ganarse la confianza de los pequeños traficantes para que ellos mismos delataran a su proveedor probablemente requeriría que la relación del agente infiltrado

⁶²⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 33; LÓPEZ GARCÍA, "Agente encubierto y agente provocador", cit., pág. 1506; GUZMÁN FLUJA, "El agente encubierto y las garantías del proceso penal", cit., pág. 220; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, "Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos", cit., pág. 1532; GARCÍA SÁNCHEZ, "Técnicas de investigación de la delincuencia organizada", cit., pág. 45; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 106. De todos modos, la mayoría de estos autores emplean un concepto de agente provocador que se equipara al de "sujeto que da lugar a un delito comprobado".

⁶²⁷ Vid. TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 27.

con ellos tuviera la duración e intensidad propias de una infiltración de larga duración. En cambio, en el contexto de una infiltración de larga duración —que presupone la restricción de derechos fundamentales y, en consecuencia, tiene una mayor duración e intensidad— dicha clase de información puede ser obtenida más fácilmente sin acudir a dichos métodos. Además, debido a que en muchas ocasiones la provocación deberá ir acompañada de la inmediata detención del sujeto provocado —pues de lo contrario el policía podría responder penalmente por la misma—, el agente infiltrado deberá revelar su condición policial en ese momento y, por ello, no podrá seguir manteniendo el engaño acerca de su verdadera identidad e intenciones. Como resulta fácilmente comprensible, el coste que supone dicha revelación es mucho más asumible cuando el tiempo y el esfuerzo invertidos en ganarse la confianza de los sujetos investigados han sido escasos —infiltraciones de corta duración— que cuando estos han sido más elevados —infiltraciones de larga duración—.

Sin embargo, la relación entre agente provocador e infiltración de corta duración es *meramente fenomenológica*. A nivel conceptual no existe ninguna vinculación entre ambas nociones. En el marco de una infiltración de larga duración *pueden darse* actuaciones propias de un agente provocador. Es más, no resulta extraño encontrar en nuestra jurisprudencia supuestos de provocaciones que se producen en el marco de una infiltración de larga duración e, incluso, son calificadas como delitos provocados⁶²⁸. Del mismo modo, en el contexto de una infiltración de corta duración *pueden no darse* actuaciones propias de un agente provocador. De hecho, es frecuente que en las infiltraciones de corta duración no se produzcan provocaciones.

Un ejemplo habitual de infiltraciones de corta duración sin provocación es el de las investigaciones preliminares que lleva a cabo un agente infiltrado antes de solicitar la autorización del art. 282 bis LECrim. En efecto, tal y como indica la STS 575/2013, de 28-6: “*La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza*”. Todas aquellas relaciones previas que se producen en el marco de una infiltración, antes de que esta devenga de larga duración y requiera de forma inexcusable el plácet del art. 282 bis LECrim, constituyen claros ejemplos de infiltraciones de corta duración sin provocación. En este sentido, la jurisprudencia ha considerado como infiltración de corta duración “*el acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la*

⁶²⁸ Vid. por ejemplo STS de 10-05-2013; SAP Navarra —sección 2ª— 56/2016, de 14-12.

confianza hasta la pactada creación de consumo de una cuenta de correo electrónico” pues dichas actuaciones “no son gestiones que precisasen de esa autorización judicial”⁶²⁹. Aquí, la ocultación de la identidad e intenciones del policía, ni restringe derechos fundamentales —y por tanto constituye una infiltración de corta duración— ni va acompañada de provocación alguna.

8.1.2.3. Delito comprobado e infiltración policial de corta duración

En todo caso, la confusión más frecuente en la doctrina se da entre los conceptos normativamente densos de delito comprobado e infiltración de corta duración⁶³⁰. Recuérdese que el primero presupone el castigo del sujeto provocado por no concurrir los elementos del delito provocado en alguna de sus acciones⁶³¹, y el segundo prejuzga la licitud de las pruebas obtenidas mediante una infiltración policial por no restringir dicha actuación derechos fundamentales. Pues bien, aunque ambos conceptos presuponen que los *delitos descubiertos* pueden ser castigados, su equiparación resulta inadmisibles por varias razones. En primer lugar, los *límites* de uno y otro no coinciden. Por un lado, el sujeto que da lugar a un delito comprobado puede ser un particular⁶³². En cambio, una infiltración policial solo puede ser llevada a cabo por un policía. Además, el concepto de delito comprobado presupone la actuación de un agente provocador (tal y como aquí ha sido definido). En su lugar, el de infiltración policial de corta duración solamente implica la intervención de un agente infiltrado. Como ya se ha puesto de manifiesto, los conceptos de agente provocador y de agente infiltrado no tienen ningún punto de contacto —su relación es meramente contingente— y, por tanto, los de delito comprobado y de infiltración de corta duración tampoco.

La diferencia entre las infiltraciones policiales de corta duración y el delito comprobado puede visualizarse más fácilmente a través de dos ejemplos: *1) Un particular sabe que su vecino guarda drogas en casa y se dedica habitualmente a traficar con las mismas. Harto de los constantes ajeteos que se producen en su portal, decide solicitar a su vecino la compra de medio gramo de cocaína con el objetivo de denunciarlo posteriormente. El vecino acepta, entra a su domicilio a buscar la sustancia solicitada —que detentaba previamente con el propósito de venderla—y se la entrega a cambio del precio acordado.*

⁶²⁹ STS 277/2016, de 6-4. Vid. también SAP Navarra —sección 2ª— 56/2016, de 14-12.

⁶³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 33; LÓPEZ GARCÍA, “Agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 1506; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; GARCÍA SÁNCHEZ, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, cit., pág. 45; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 106.

⁶³¹ Sobre el delito comprobado vid. *supra* el apartado 7 del capítulo II.

⁶³² Recuérdese que el sujeto que da lugar a un delito provocado puede ser un particular y, por tanto, el que hace lo propio con un delito comprobado también.

Finalmente, el particular denuncia a la Policía la transacción y el vecino es condenado por tráfico de drogas⁶³³; 2) Un policía de incógnito pregunta a un ciudadano si sabe algo acerca de un robo que se produjo el día anterior en el municipio. Sorpresivamente, el ciudadano admite que lo cometió él mismo y se pone a alardear de ello dando detalles que solo el autor podría conocer. El policía procede a su detención y, tras comparar sus huellas dactilares con las encontradas en el lugar del robo, se confirma su autoría y se procede a su castigo. En el caso 1) el particular ha dado lugar a un delito comprobado pero no ha llevado a cabo una infiltración de corta duración. Ha dado lugar a un delito comprobado porque ha actuado como agente provocador y ha logrado el castigo del sujeto provocado por no concurrir en el delito de tenencia preordenada ninguno de los elementos del delito provocado. No ha llevado a cabo una infiltración de corta duración, simplemente, porque no es un policía. En cambio, en el caso 2) el policía ha realizado una infiltración de corta duración pero no ha dado lugar a un delito comprobado. Ha realizado una infiltración de corta duración porque ha ocultado su identidad e intenciones sin infringir el derecho a la autodeterminación informativa o intimidad del sujeto al que se ha dirigido. No ha dado lugar a un delito comprobado porque no ha actuado como agente provocador (no ha contribuido a la comisión de delito alguno).

Además, los *fundamentos* normativos del delito comprobado y de las infiltraciones policiales de corta duración —recuérdese que ambos son conceptos normativamente densos— tampoco coinciden. Aunque los dos conceptos tienen *fundamentaciones negativas*, los argumentos que los sustentan son distintos. Por un lado, el delito comprobado presupone la *no concurrencia* de un delito provocado en alguna de las acciones del sujeto provocado. En consecuencia, sus límites derivan —negativamente— del fundamento del delito provocado. Por otro lado, las infiltraciones policiales de corta duración prejuzgan la *no concurrencia* de una infiltración policial de larga duración. Por ende, sus límites se deducen —también negativamente— del fundamento de las infiltraciones policiales de larga duración. La conclusión inevitable es la siguiente: *los conceptos de delito comprobado e infiltración de corta duración solamente podrían coincidir si el fundamento del delito provocado y el de las infiltraciones de larga duración es el mismo*. En términos matemáticos: si $-X=-Y$, entonces $X=Y$.

Como ya se ha expuesto, el fundamento de las infiltraciones de larga duración —esto es, la razón por la que estas necesitan el plácet del art. 282 bis LECrim para ser legítimas y, en caso contrario, comportan la nulidad de las pruebas obtenidas— es la restricción que comportan del derecho fundamental a la autodeterminación informativa o intimidad. De este modo, su contenido deriva de (uno de) los mentados derechos fundamentales. En

⁶³³ Supuesto inspirado en la STS 1166/2009, de 19-11.

cambio, el fundamento del delito provocado —es decir, el motivo por el que el sujeto provocado debe permanecer impune cuando concurren los tres elementos de esta figura— puede ser: a) la falta de voluntariedad de la conducta del sujeto provocado; b) su falta de peligrosidad para el bien jurídico; c) la vulneración de un derecho fundamental por parte del agente provocador; d) la falta de legitimidad del Estado para sancionar una conducta a la que él mismo ha contribuido. Resulta evidente que los fundamentos a), b) y d) del delito provocado no tienen nada que ver con el propio de las infiltraciones policiales de larga duración. Únicamente el fundamento basado en la vulneración de un derecho fundamental por parte del agente provocador podría llegar a equiparar ambas figuras. Sin embargo, eso significaría que la razón por la que no se castiga a un sujeto que ha sido incitado engañosamente a delinquir (elemento subjetivo) por alguien que pretendía obtener su castigo (elemento teleológico) sin poner en riesgo el bien jurídico (elemento material) es que en estos supuestos se vulnera su derecho a la autodeterminación informativa o intimidad. Parece obvio que del contenido de estos derechos no pueden deducirse los tres elementos característicos del delito provocado. Aunque se admitiera que una incitación engañosa a delinquir (elemento subjetivo) restringe alguno de dichos derechos fundamentales, de ningún modo podría condicionarse dicha restricción a que no se pusiera en riesgo el bien jurídico protegido (elemento material) y que el objetivo del incitador fuera el castigo de quien delinque (elemento teleológico). Por ello, la vulneración de los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa o intimidad no puede constituir el fundamento del delito provocado. Así pues, en tanto que el fundamento de las infiltraciones de larga duración no puede ser el mismo que el del delito provocado, los conceptos de infiltración de corta duración y de delito comprobado no pueden coincidir. De nuevo, en términos matemáticos: si $X \neq Y$, entonces $-X \neq -Y$.

Resulta interesante traer a colación la argumentación del Tribunal Supremo según la cual en el delito comprobado “*el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (artículo 126) y la Ley (artículo 282 y ss. de la LECrim) le imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial. Se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito. Así pues, la prueba obtenida de este modo es válida para que, llevada a juicio oral, pueda ser valorada por el Tribunal o Juzgado como prueba de cargo apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia*”⁶³⁴. Recuérdese que esta argumentación presupone que las incitaciones policiales al delito afectan a algún derecho fundamental cuya restricción solo quedaría justificada —

⁶³⁴ STS 493/1992, de 4-3.

en virtud del art. 282 LECrim— cuando vaya dirigida al descubrimiento de otros delitos, esto es, cuando existan sospechas previas de los mismos⁶³⁵. Pues bien, la configuración del delito comprobado que deriva del desarrollo coherente de esta argumentación se asemeja mucho a la propia de las infiltraciones policiales de corta duración. Sin embargo, aun con estos límites, todavía existirían importantes diferencias entre uno y otro concepto. Así, mientras que las infiltraciones policiales de corta duración presupondrían la *no restricción* de un derecho fundamental, el delito comprobado prejuzgaría su *restricción justificada*. En efecto, las infiltraciones de corta duración, por definición, no afectan a la autodeterminación informativa o intimidad y, por ello, no requieren de la autorización del art. 282 bis LECrim para llevarse a cabo legítimamente. En cambio, el delito comprobado presupondría la afectación a un derecho fundamental —pues ese sería el fundamento de la impunidad en el delito provocado— cuya restricción quedaría justificada en virtud del art. 282 LECrim (no el 282 bis LECrim) por ir dirigida al descubrimiento de otros delitos. De este modo, se hace evidente que el contenido de uno y otro concepto no puede ser el mismo. El primero vendría determinado *negativamente* por un derecho fundamental —autodeterminación informativa o intimidad— y el segundo *positivamente* por otro derecho fundamental y la justificación del art. 282 LECrim. Obviamente, ese “otro” derecho fundamental debería ser diferente al que no se ve afectado por las infiltraciones de corta duración pues, de lo contrario, la justificación que requeriría su restricción legítima no sería la del 282 LECrim, sino la del 282 bis LECrim.

8.1.2.4. Agente provocador y agente encubierto

Por último, el concepto de agente encubierto tampoco tiene, en apariencia, ningún punto de contacto con el de agente provocador⁶³⁶. En efecto, la noción de agente encubierto designa la *cualidad personal* del policía que resulta autorizado —en virtud del art. 282 bis LECrim— para llevar a cabo una infiltración policial. En cambio, el concepto de agente provocador describe una determinada *actuación* caracterizada por contribuir a que otro cometa un delito con el propósito de obtener su castigo. De nuevo, la relación entre ambos conceptos es meramente contingente: en un caso concreto un agente encubierto puede llevar a cabo una actuación propia de un agente provocador⁶³⁷.

Ahora bien, dicha relación contingente resulta especialmente interesante a la luz del último inciso del art. 282 bis.5 LECrim: “*El agente encubierto estará exento de*

⁶³⁵ En extenso sobre ello vid. *supra* el apartado 7 del capítulo II.

⁶³⁶ Sin embargo, es frecuente encontrar en la doctrina autores que contrapongan ambas figuras. En este sentido MONTÓN GARCÍA, “Agente provocador y agente encubierto”, cit., pág. 2130; MOLINA MANSILLA, “El agente encubierto”, cit. pág. 91, LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad Organizada*, cit., pág. 166.

⁶³⁷ Similar, GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 46.

responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito". Así, a priori, parece que la relación entre agente encubierto y agente provocador, aun siendo conceptualmente contingente, es *normativamente relevante*.

La referencia legal a la "*provocación al delito*" constituye una *excepción* a la *exención* de responsabilidad que prevé el art. 282 bis.5 LECrim para el agente encubierto. Por ello, antes de analizar el posible contenido de dicha excepción, conviene examinar la naturaleza y el alcance de la exención de responsabilidad del art. 282 bis.5 LECrim. En primer lugar, la doctrina parece estar de acuerdo en que se trata de una *causa de justificación*⁶³⁸. En consecuencia, su concurrencia niega la antijuridicidad de los hechos típicos realizados por el agente encubierto y, de paso, la posibilidad de que terceros sean castigados por participar en los mismos⁶³⁹. En todo caso, la naturaleza de esta causa de justificación parece asimilarse a la del *ejercicio de un cargo* (art. 20.7 CP). En este

⁶³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 277; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El agente encubierto", cit., pág. 1956; CARMONA SALGADO, "La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico", cit., pág. 188; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador", cit., pág. 123. El único punto de discusión entre estos autores es si dicha causa de justificación tiene naturaleza *sui generis* o no es más que la especificación de alguna de las contenidas en el art. 20 CP. No obstante, en alguna resolución judicial se la califica como "*una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal*" (STS 395/2014, de 13-5).

⁶³⁹ Siempre que se reconozca la vigencia del principio de accesoriad limitada de la participación. A otra conclusión deberían llegar los planteamientos que sostienen una accesoriad mínima (referida únicamente a la tipicidad) o una accesoriad objetiva (referida solamente a la parte objetiva del injusto). Vid. respectivamente BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 182; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 221. Por ello, las siguientes palabras de GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 283, deberían entenderse adscritas a alguno de dichos planteamientos: "*la causa de justificación del art. 282-bis 5 I LECrim tiene un ámbito subjetivo de aplicación reducido: sólo se beneficiará de ella quien ostente la condición formal de «agente encubierto». Lo cual significa (...) Que no es una causa de exclusión de la antijuridicidad que se comuniquen a los demás partícipes de la infracción penal; es decir, que aunque el agente encubierto quede impune, podrán ser condenados los miembros de la organización delictiva que hayan cometido la conducta, pues para ellos no estaba justificada (65 CP)*". Con el principio de accesoriad limitada de la participación dicha conclusión solo podría sostenerse si se considera que el art. 282 bis.5 LECrim contiene una excusa absolutoria, y no una causa de justificación. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El agente encubierto", cit., pág. 1956, afirma que "*si estimamos que su naturaleza jurídica es la dar lugar a una excusa absolutoria (...) habrá responsabilidad penal y civil de los partícipes*". No obstante, la salvedad que añade a continuación este autor, en mi opinión, no puede ser suscrita: "*salvo que se conforme como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal de los partícipes podría quedar excluida*". La redacción del art. 282 bis.5 LECrim —"*El agente encubierto estará exento de responsabilidad...*"— no permite interpretar que dicha exención constituye una condición objetiva de punibilidad, pues se vincula claramente a la condición personal del agente encubierto.

sentido, la limitación de su alcance a las actuaciones que “*guarden la debida proporcionalidad*” constituye un buen argumento a favor de dicha asimilación⁶⁴⁰.

De todos modos, conviene destacar que se trata de una causa de justificación estrictamente jurídico-penal. Aunque se encuentre prevista en una Ley procesal, los términos en los que está redactada (“*El agente encubierto estará exento de responsabilidad...*”) evidencian que no se trata de una norma de autorización procesal. Esto es, que la justificación de los hechos típicos que realice el agente encubierto no comporta automáticamente la licitud de las pruebas obtenidas mediante los mismos. Si dichos hechos típicos restringen algún derecho fundamental —por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio— la ausencia de responsabilidad jurídico-penal del agente encubierto —por ejemplo, por un allanamiento de morada— es perfectamente compatible con la nulidad de las pruebas que se deriven de ellos (art. 11 LOPJ). En este sentido, *ni todo delito supone la vulneración de un derecho fundamental, ni toda vulneración de un derecho fundamental deriva de un delito*. Por ello, negar la antijuridicidad penal de un hecho no implica admitir su licitud procesal⁶⁴¹.

De nuevo, no puede suscribirse la postura de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA cuando afirma que “*si se mantiene que la naturaleza jurídica de la exención es la de constituir una causa de justificación y, además, judicialmente ha sido declarada su concurrencia, esto quiere decir que la prueba se ha obtenido mediante una acción justificada, por lo que en este supuesto la prueba obtenida puede ser eficaz*”⁶⁴². Aunque una norma de autorización procesal puede operar como causa de justificación jurídico-penal, el empleo de una causa de justificación jurídico-penal como norma de autorización procesal resulta inadmisibles⁶⁴³. Reconocer que el art. 282 bis.5 LECrim justifica determinadas acciones típicas del agente encubierto no supone admitir que autoriza procesalmente la eventual restricción de derechos fundamentales que comporten. El precepto relevante para determinar esto último es el art. 282 bis.3 LECrim: “*Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial*

⁶⁴⁰ QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero”, LL, núm. 6, 1999, pág. 1824, descarta que nos encontremos ante un estado de necesidad creado *ad hoc* precisamente por la regla de proporcionalidad que contiene el art. 282 bis.5 LECrim.

⁶⁴¹ En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 277, afirma que “*la ilicitud probatoria y la punibilidad del agente encubierto son cuestiones distintas, que no tiene por qué ir indefectiblemente unidas. Es posible que una determinada actividad del agente encubierto no sea punible y que, sin embargo, la prueba obtenida a través de ella no pueda ser valorable, al haberse vulnerado derechos fundamentales*”. Similar, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, núm. 10, 2016, pág. 22; EXPÓSITO LÓPEZ, “El agente encubierto”, RDUNED, núm. 17, 2015, pág. 285.

⁶⁴² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El agente encubierto”, cit., pág. 1957.

⁶⁴³ GUARIGLIA, “El agente encubierto”, cit., pág. 49.

competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley". La causa de justificación contenida en el art. 282 bis.5 LECrim no excepciona la necesidad de solicitar una autorización judicial para restringir *legítimamente* un derecho fundamental mediante un hecho típico⁶⁴⁴. Simplemente, niega la antijuridicidad penal de dicho hecho.

El principal límite a la causa de justificación que prevé el art. 282 bis.5 LECrim es que los hechos típicos realizados "*sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*" y "*guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*". Es decir, que las actuaciones típicas sean necesarias y proporcionales a las finalidades de investigación que debe perseguir el agente encubierto. Adviértase que, en cualquier caso, dicho límite no opera respecto a los hechos típicos que *autoriza* a cometer el art. 282 bis.1 LECrim. En concreto, los derivados de "*actuar bajo identidad supuesta*", y "*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*". Dicho precepto sí que contiene una norma de autorización procesal⁶⁴⁵ que, además, no está sometida a los límites de necesidad y proporcionalidad que enuncia el art. 282 bis.5 LECrim. Así, las eventuales falsedades documentales u omisiones de promover la persecución de delitos que lleve a cabo el agente encubierto quedarán justificadas en todo caso. En este sentido, su necesidad y proporcionalidad ya ha sido valorada por el Juez de Instrucción a la hora de conceder la autorización del art. 282 bis LECrim pues, precisamente, dichas actuaciones constituyen el objeto de su autorización⁶⁴⁶.

De todos modos, el límite que aquí más interesa es el que prevé el último inciso del art. 282 bis.5 LECrim. En concreto, el que niega la justificación de las actuaciones del agente encubierto que "*constituyan una provocación al delito*". ¿Qué debe entenderse por provocación a estos efectos? Pues bien, la cuestión no es, ni mucho menos, evidente. Varias opciones parecen posibles: a) el acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1

⁶⁴⁴ Tal y como indica GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 276, el art. 282 bis.5 LECrim no está regulando técnica investigativa alguna y, por ello, su contenido no contradice ni excepciona el apartado núm. 3 del mismo precepto. En este sentido, el apartado 3 y el 5 del art. 282 bis LECrim tienen ámbitos aplicativos diferentes.

⁶⁴⁵ Por ello, el mentado precepto sí que legitima las eventuales restricciones de derechos fundamentales que deriven exclusivamente de las conductas que autoriza. Esto es, del engaño que subyace al uso de identidad supuesta y de la adquisición, transporte y no incautación de objetos prohibidos. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 245; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador", cit., pág. 126.

⁶⁴⁶ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 278 y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 405, afirman que la concurrencia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad se da por supuesta en las conductas del agente encubierto que autoriza el art. 282 bis.1 LECrim.

CP; b) el delito provocado; c) la inducción de un delito; d) la actuación de un agente provocador.

La opción a) parece ser la más ajustada a la letra de la Ley. Al fin y al cabo, el art. 18.1 CP señala que “*La provocación existe cuando (...)*”. De este modo, la LECrim estaría negando la justificación de las incitaciones directas al delito mediante “*la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas*” (art. 18.1 CP). Sin embargo, resulta difícil explicar por qué el legislador habría querido excluir la justificación del art. 282 bis.5 LECrim (solo) ante los actos preparatorios punibles de provocación. No parece de recibo negar la justificación de esta clase de incitaciones colectivas y, en cambio, amparar otros actos preparatorios —conspiración y proposición— e, incluso, inducciones consumadas al delito.

La posibilidad b) parece haber recibido cierta acogida en la doctrina⁶⁴⁷. De acuerdo con esta interpretación, la LECrim estaría excluyendo la justificación de las incitaciones del agente encubierto que dieran lugar a un delito provocado. Así, según MARTÍN PALLÍN, esta previsión “*pone fin al extensivo debate doctrinal y a los pronunciamientos constitucionales sobre el agente provocador, al considerar que se le debe exigir responsabilidad criminal*”⁶⁴⁸. En el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ y GUILLÉN LÓPEZ afirman que esta disposición “*prohíbe que el agente encubierto de lugar a la aparición del delito provocado*”⁶⁴⁹. No obstante, aunque se admitiera que la excepción a la justificación del art. 282 bis.5 LECrim va referida al delito provocado, la conclusión a la que llegan estos autores no puede sustentarse en base a dicho precepto. La negación de una causa de justificación no puede ser un argumento a favor de la tipicidad de un comportamiento. Es

⁶⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada”, cit., pág. 1824; DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 115; MARTÍN PALLÍN, “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, en *Cuadernos de derecho judicial: Delitos contra la salud pública y contrabando*, núm. 5, 2000, pág. 169; BACIGALUPO ZAPATER, “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 508; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 138; GUERRERO PALOMARES, “Exigencias del juicio justo en el enjuiciamiento del delito provocado por agente encubierto”, cit., pág. 787; RIZO GÓMEZ, “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”, CPC, núm. 125, 2018, pág. 36.

⁶⁴⁸ MARTÍN PALLÍN, “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, cit., pág. 169. Adviértase que este autor emplea el término agente provocador como “sujeto que da lugar a un delito provocado”. En este mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, cit., pág. 508, afirma que “*la ley procesal viene a imponer la punibilidad del agente provocador*”.

⁶⁴⁹ NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 138.

decir, de la excepción a una causa de justificación no puede derivarse la tipicidad de una conducta. Aunque las causas de justificación niegan la antijuridicidad de una conducta típica, la negación de una causa de justificación no afirma la tipicidad de una actuación. El art. 282 bis.5 LECrim no está tipificando un comportamiento, sino excluyendo una conducta del ámbito aplicativo de una causa de justificación. Dicha exclusión nada nos dice —ni nos puede decir— acerca de la eventual tipicidad de incitar a un delito (elemento subjetivo) para lograr el castigo del autor (elemento teleológico) sin poner en riesgo el bien jurídico (elemento material)⁶⁵⁰. En caso de que la “*provocación al delito*” a la que alude el art. 282 bis.5 LECrim se entienda referida al delito provocado, el agente encubierto solo podrá ser castigado —por no estar justificada su conducta— *si incitar a un delito provocado constituye un comportamiento típico*. En caso contrario, el contenido de dicha excepción sería prácticamente irrelevante⁶⁵¹.

La tipicidad de las incitaciones al delito que no ponen en riesgo el bien jurídico será analizada más adelante. No obstante, conviene adelantar que tanto la doctrina mayoritaria⁶⁵² como la jurisprudencia⁶⁵³ niegan que dichas incitaciones constituyan conductas típicas. Además, dos de los argumentos que fundamentan el delito provocado —el de la voluntariedad y el de la peligrosidad— presuponen la atipicidad del comportamiento del sujeto provocado y, por ende, la imposibilidad de castigar al agente provocador como inductor del mismo en virtud del principio de accesoriedad de la participación. Por ello, parece poco plausible interpretar que la excepción del art. 282 bis.5 LECrim vaya referida al delito provocado⁶⁵⁴. Si el contenido de dicha excepción ha

⁶⁵⁰ Similar, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 281.

⁶⁵¹ Sobre la relevancia de las normas de permisión que se introducen en contextos en los que no existe (previa o simultáneamente) una norma directiva regulando el mismo tipo de conducta vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos: Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *Indret*, núm. 3, 2008, pág. 13. Tal y como indica este autor, dicha relevancia se reduce a los siguientes casos: “(a) hay dudas sobre la permisión de la conducta (por ejemplo porque es una nueva posibilidad, producto de un desarrollo social o tecnológico, o porque la jurisprudencia no es uniforme al respecto) o (b) existe el temor de que ésta vaya a ser regulada en algún sentido directivo (ordenada o prohibida) por alguna autoridad de rango inferior a aquella que dicta la norma permisiva”. Si la excepción a la causa de justificación del art. 282 bis.5 LECrim va referida a un supuesto atípico —esto es, a una conducta sobre la que no rige una norma directiva— su única trascendencia sería la de negar los dos efectos apuntados. Solamente una eventual tipificación futura de la conducta que constituya el objeto de la excepción —una incitación a delinquir para lograr el castigo del autor sin poner en riesgo el bien jurídico— dotaría a la misma de efectos prácticos relevantes.

⁶⁵² Vid. por todos RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., págs. 214 y ss.

⁶⁵³ Vid. SSTS de 14-6-1993; 883/1994, de 11-5; 1361/1994, de 2-7; 702/1997, de 20-5.

⁶⁵⁴ Además, no resulta evidente por qué la falta de responsabilidad del sujeto provocado —presupuesto conceptual del delito provocado— debería ser relevante para excluir la justificación del art. 282 bis LECrim. Es decir, por qué la actuación del agente encubierto no debería quedar justificada cuando el sujeto investigado sea absuelto.

de tener alguna relevancia práctica, su objeto de referencia debería ser alguna conducta típica.

En cambio, la opción c) no tiene este problema. Esta interpretación, propuesta por GASCÓN INCHAUSTI, sugiere que la excepción del art. 282 bis.5 LECrim va referida a las inducciones (típicas) que pueda llevar a cabo el agente encubierto⁶⁵⁵. De este modo, se pretendería evitar que asuma “*la autoría intelectual en la planificación de actividades delictivas no previstas de forma autónoma por los sujetos objeto de su investigación*”⁶⁵⁶. Es decir, se trataría de evitar que el agente encubierto adopte “*un papel de especial actividad y protagonismo dentro de la organización*”⁶⁵⁷. Esta limitación sería, ni más ni menos, una concreción de los requisitos de necesidad y proporcionalidad ya expuestos. Así, esta clase de conductas constituirían “*un exceso intolerable, que tampoco sirve a los fines de la investigación, pues objeto de las tareas de investigación del agente encubierto son delitos ya cometidos o de tracto sucesivo*”⁶⁵⁸. En definitiva, con esta previsión se estaría considerando que las inducciones al delito son *ex lege* innecesarias o desproporcionadas para los fines de la investigación⁶⁵⁹.

En mi opinión, esta interpretación resulta más plausible que las dos anteriores. De acuerdo con ella, el contenido de la excepción del art. 282 bis.5 LECrim serían conductas típicas —inducciones— y, por ello, su previsión tendría relevancia práctica. Así, el agente encubierto que realizara una inducción (típica) estaría llevando a cabo una conducta antijurídica.

No obstante, aunque la mayoría de inducciones no sirven a los fines de la investigación, presumir *ex lege* que todas las inducciones del agente encubierto son innecesarias o desproporcionadas quizás resulta excesivo. Por ejemplo, transmitir una orden delictiva del jefe de la banda a un subordinado que debe ejecutarla puede constituir una inducción y, al mismo tiempo, resultar completamente necesaria para que el agente encubierto no se delate. Castigar al agente encubierto por una conducta (típica) de estas características no resultaría muy coherente, sobre todo, teniendo en cuenta que si hubiera ejecutado él mismo la orden podría permanecer impune. En este sentido, la categoría de inducción — como forma de participación delictiva— no recoge completamente el sentido que

⁶⁵⁵ Según, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 282, la excepción del art. 282 bis.5 LECrim “*sólo cobra un verdadero sentido si la desvinculamos —salvo en lo terminológico— del ámbito del «delito provocado» y la «provocación de la prueba»*”.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, pág. 283. En el mismo sentido, EXPÓSITO LÓPEZ, “El agente encubierto”, cit., pág. 285.

⁶⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 282.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, pág. 280.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, pág. 283.

GASCÓN INCHAUSTI otorga a la excepción del 282 bis.5 *in fine* LECrim de “evitar que el infiltrado asuma un papel de especial actividad y protagonismo dentro de la organización”⁶⁶⁰.

Por último, la posibilidad d) vincularía la excepción del art. 282 bis.5 LECrim con la actuación propia de un agente provocador⁶⁶¹. El problema de esta opción es evidente: ¿a qué concepto de agente provocador debería entenderse referida dicha excepción? Tal como se ha expuesto anteriormente, la delimitación del concepto de agente provocador es extremadamente controvertida. Optar por una definición u otra sin más criterio que el terminológico resulta arbitrario. Desde luego, no existe ninguna razón para suponer que el concepto de agente provocador al que alude la Ley sea el escogido en este trabajo.

Sin embargo, el fin que persigue el agente provocador en cualquiera de sus definiciones —obtener el castigo de otro sujeto— puede contribuir a dotar de contenido la excepción del art. 282 bis.5 *in fine* LECrim. Recordemos que los principales límites de la causa de justificación del art. 282 bis.5 LECrim son la necesidad y proporcionalidad de la actuación del agente encubierto *respecto a la finalidad de la investigación*. Pues bien, podría llegar a entenderse que la finalidad de la investigación del agente encubierto es obtener el castigo de los sujetos investigados. Si esto fuera así, asumir “*la autoría intelectual en la planificación de actividades delictivas*”⁶⁶² podría estimarse necesario y proporcional a dicha finalidad. Al fin y al cabo, este puede ser el modo más eficiente de lograr su castigo. En cambio, si se considera que la finalidad de la investigación del agente encubierto consiste en descubrir “*delitos ya cometidos o de tracto sucesivo*”⁶⁶³ esa clase de actuaciones nunca podrán estimarse necesarias y proporcionales. De ser así, la comisión de delitos por parte del agente encubierto solo podría quedar justificada cuando fuera dirigida a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones. En mi opinión, la previsión del art. 282 bis.5 *in fine* LECrim pretende descartar la primera interpretación y, de esta forma, explicitar que la única finalidad que puede justificar la realización de hechos típicos por parte del agente encubierto es la de descubrir otras infracciones diferentes. De esta manera, *se trataría de evitar que los hechos típicos en que se implica el agente encubierto se conviertan, en sí*

⁶⁶⁰ *Ibidem*, pág. 282.

⁶⁶¹ En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El agente encubierto”, cit., pág. 1955; PÉREZ ARROYO, “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto”, cit. pág. 1768; DEL POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, Criterio jurídico, núm. 6, 2006, pág. 309.

⁶⁶² GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 283.

⁶⁶³ *Ibidem*, pág. 280.

mismos, en una finalidad de su investigación. Esto es, que sus propias actividades delictivas justifiquen su infiltración.

¿Qué debería entenderse entonces por provocación a efectos del art. 282 bis.5 LECrim? Pues, desde mi punto de vista, *cualquier hecho típico cuya única finalidad sea lograr el castigo de los sujetos investigados por ese mismo hecho.* Es decir, una conducta típica que no vaya dirigida al descubrimiento de otros delitos, sino a obtener el castigo de los sujetos investigados⁶⁶⁴. Obviamente, la mayoría de dichas conductas serán inducciones. No obstante, ni todas las inducciones del agente encubierto serán provocaciones a estos efectos, ni todas sus provocaciones serán inducciones. Así, por un lado, determinadas inducciones que sean necesarias para ganarse la confianza de los sujetos investigados —por ejemplo, transmitir ordenes delictivas— no serán consideradas provocaciones en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim. Por el otro, algunas cooperaciones necesarias podrán constituir provocaciones a estos efectos si no tienen otra finalidad que la de obtener el castigo del autor. Por ejemplo, facilitar un objeto prohibido o un medio delictivo que los sujetos investigados no hubieran podido conseguir por sí mismos podría calificarse como tal si era innecesario para ganarse su confianza y únicamente perseguía lograr su punición por la infracción favorecida⁶⁶⁵.

En cualquier caso, de acuerdo con esta interpretación, la referencia a la provocación del art. 282 bis.5 LECrim no queda vinculada a una determinada categoría dogmática de autoría o participación. Simplemente, presupone una actuación típica y la finalidad exclusiva de lograr el castigo de los sujetos investigados. De este modo, el sentido de esta previsión resulta muy similar al propuesto por GASCÓN INCHAUSTI. Este es, “*evitar que el infiltrado asuma un papel de especial actividad y protagonismo dentro de la organización*”⁶⁶⁶. La principal diferencia con la propuesta de este autor no se encuentra en la fundamentación de la excepción, sino en la concreción de su contenido. Así, su

⁶⁶⁴ Debe admitirse que una adecuada comprensión de los requisitos de necesidad y proporcionalidad podría conducir a los mismos resultados. Esto es, a excluir del ámbito de la justificación del art. 282 bis.5 LECrim los hechos típicos del agente encubierto dirigidos únicamente a lograr el castigo de los sujetos investigados. En efecto, dichos hechos podrían estimarse innecesarios y desproporcionados si se entiende que la finalidad de la investigación del agente encubierto es descubrir delitos diferentes a los que él mismo ha cometido. No obstante, se estima preferible entender el término provocación (art. 282 bis.5 LECrim) de un modo que cierre el paso a cualquier interpretación que permita sostener que dichos hechos están justificados, que optar por alguna de las alternativas expuestas.

⁶⁶⁵ Obviamente, si el agente encubierto no pretendía obtener el castigo de los sujetos investigados, pero su actuación era innecesaria o desproporcionada de cara a ganarse la confianza de los mismos, su actuación debería quedar excluida de la justificación del art. 282 bis.5 LECrim. No obstante, en este caso, dicha exclusión no derivaría de la referencia a la “*provocación al delito*”, sino de los límites generales de necesidad y proporcionalidad que contiene el art. 282 bis.5 LECrim.

⁶⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 282.

alcance sería, por un lado, más amplio y, por otro, más reducido. En lugar de referir el mismo a la inducción como forma de participación, su objeto será cualquier hecho típico. En este extremo, su alcance resulta más amplio que el planteado por GASCÓN INCHAUSTI. Así, la excepción del 282 bis.5 LECrim podrá aplicarse, no solo a inducciones, sino también a otras formas de participación o autoría⁶⁶⁷. Sin embargo, esta mayor amplitud queda compensada por la exigencia de que la actuación típica vaya dirigida exclusivamente a lograr el castigo de los sujetos investigados. En este punto, su alcance es más reducido que la propuesta de GASCÓN INCHAUSTI. De esta forma, no toda inducción que lleve a cabo el agente encubierto deberá quedar automáticamente excluida del ámbito de la causa de justificación del art. 282 bis.5 LECrim⁶⁶⁸.

Conviene destacar que el alcance de la interpretación propuesta para la provocación del art. 282 bis.5 LECrim no coincide totalmente con el concepto de agente provocador por el que aquí se ha optado. En primer lugar, la provocación del art. 282 bis.5 LECrim presupone la tipicidad de la conducta del agente encubierto. En cambio, el concepto de agente provocador no prejuzga de ningún modo la valoración normativa de su comportamiento. En segundo lugar, la provocación del art. 282 bis.5 LECrim persigue como única finalidad el castigo de los sujetos investigados *por el mismo hecho* en que se ha implicado el agente encubierto, excluyendo de este modo que su conducta vaya dirigida al descubrimiento de otros delitos. En cambio, el concepto de agente provocador no excluye dicha posibilidad. Es decir, la conducta del agente provocador puede ir dirigida a poner de manifiesto otras infracciones distintas a las que contribuye y, por tanto, a obtener el castigo del sujeto provocado por esas otras infracciones. Por ejemplo, solicitar una cantidad de droga a alguien para poner de relieve que posee sustancias estupefacientes con ánimo de venderlas es una actuación propia de un agente provocador⁶⁶⁹. A nivel conceptual —otra cosa es su relevancia normativa— resulta intrascendente si la finalidad del agente provocador es

⁶⁶⁷ De este modo, el agente encubierto podría llevar a cabo una provocación en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim mediante una conducta típica de autoría. Adviértase que esto puede resultar especialmente relevante en tipos como el de tráfico de drogas (art. 368 CP) donde el espacio para la participación es muy reducido. Así, una incitación típica a un delito de tráfico de drogas realizada con el único propósito de castigar a los sujetos investigados podrá constituir una provocación (art. 282 bis.5 LECrim) aunque se plasme en una conducta de autoría.

⁶⁶⁸ Esta es la única diferencia práctica entre la propuesta aquí defendida y la de GASCÓN INCHAUSTI. En efecto, de acuerdo con la postura de este autor, las cooperaciones necesarias o coautorías dirigidas únicamente a lograr el castigo de los sujetos investigados también podrían quedar excluidas de la justificación del art. 282 bis.5 LECrim por estimarse innecesarias o desproporcionadas respecto a los fines de la investigación. Sin embargo, al vincular provocación (art. 282 bis.5 LECrim) con inducción, GASCÓN INCHAUSTI se ve forzado a negar la justificación de todas las inducciones del agente encubierto, con independencia de si estas eran necesarias (y proporcionales) para ganarse la confianza de los sujetos investigados e integrarse en su organización delictiva.

⁶⁶⁹ En este sentido, quién descubre una infracción previa mediante un delito provocado —esto es, quién da lugar a un delito comprobado— es un agente provocador. Vid. *supra* el apartado 7 del capítulo II.

obtener el castigo del sujeto provocado por el mismo hecho al que ha contribuido o por otro que pretendía descubrir.

8.1.3. Un último problema: el agente encubierto informático

Recientemente, la Ley Orgánica 13/2015, de 5-10, ha introducido en la LECrim una nueva modalidad de agente encubierto. Este es, el *agente encubierto informático*. Así, el art. 282 bis.6 LECrim permite que el Juez de instrucción⁶⁷⁰ autorice a un policía “*para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación*” e “*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*”. De nuevo, aquí se reservará la denominación de agente encubierto informático para el policía que recibe la autorización judicial del art. 282 bis.6 LECrim.

La primera modalidad de actuación que autoriza el art. 282 bis.6 LECrim —“*actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación*”— es, simplemente, una *infiltración policial en un contexto determinado*. En concreto, una infiltración policial en un canal cerrado de comunicación. En cambio, la segunda de dichas modalidades —“*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*”— se corresponde con la *actuación propia de un agente provocador* (tal y como aquí ha sido definido). En efecto, el intercambio o envío de archivos ilícitos —pornografía infantil— constituye una contribución a un delito —de tenencia de pornografía infantil— dirigida a lograr el castigo del sujeto investigado⁶⁷¹. De este modo, el art. 282 bis.6 LECrim autoriza expresamente al agente encubierto informático para actuar como agente provocador (tal y como aquí ha sido definido).

¿Por qué razón nuestra Ley procesal autoriza esta clase de actuaciones? Pues bien, el art. 282 bis.6 LECrim surge como respuesta a determinados problemas de persecución de los delitos relativos a la tenencia y distribución de pornografía infantil (art. 189 CP)⁶⁷². En particular, a la proliferación de foros virtuales de acceso restringido en los que se

⁶⁷⁰ Curiosamente, la autorización del agente encubierto informático solo puede ser concedida por el Juez de instrucción y no, como ocurre con la prevista en el art. 282 bis.1 LECrim, por el Ministerio Fiscal.

⁶⁷¹ No obstante, como a continuación se pondrá de manifiesto, dicha actuación no constituye una provocación en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim, pues la propia LECrim exige para su autorización que vaya dirigida al descubrimiento de otros delitos (art. 282 bis.6 LECrim).

⁶⁷² URIARTE VALIENTE, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, Estudios jurídicos, 2012, pág. 9; LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, LL, núm. 8580, 2015, pág. 3. Ambos autores identifican el origen de dicho precepto en la moción presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular el día 22-3-2011: “*El Senado insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de dos meses, un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal para regular la figura del agente encubierto en Internet, como un instrumento más para perseguir el intercambio de material a través de Internet en las redes de pornografía infantil*” (moción núm. 169 de la IX legislatura).

comparten archivos de contenido pedófilo entre sus integrantes⁶⁷³. Al contrario de lo que ocurre con las redes P2P —que son accesibles a cualquier internauta⁶⁷⁴— en los mentados foros solo se permite el acceso de aquellos usuarios que hayan sido invitados por alguno de sus miembros⁶⁷⁵. Con el objetivo de eludir la acción policial, dicha invitación suele ir condicionada a la previa aportación de material pedófilo por parte del usuario que quiere integrarse en el foro⁶⁷⁶. De esta manera, se evita que un policía *que no esté dispuesto a delinquir* pueda infiltrarse en el mismo y detectar las infracciones que allí se cometen. La autorización judicial del art. 282 bis.6 LECrim tiene como objetivo superar ese obstáculo y, así, permitir que un agente infiltrado pueda actuar de forma *eficaz* contra esta forma de criminalidad.

La legislación procesal anterior a 2015 se enfrentaba a serias dificultades para amparar esta clase de infiltraciones⁶⁷⁷. En efecto, la única modalidad de agente encubierto prevista hasta esa fecha queda limitada a las “*investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*” (art. 282 bis.1 LECrim). En tanto que el intercambio y difusión de pornografía infantil en los foros mencionados no acostumbra a reunir las notas características de la delincuencia organizada⁶⁷⁸, la autorización del art. 282 bis.1 LECrim no puede dotar de cobertura a las infiltraciones dirigidas a perseguir esta clase de delincuencia.

⁶⁷³ LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 4; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 116.

⁶⁷⁴ El intercambio de archivos a través de redes P2P (“*peer to peer*”) como Emule, Kaaza o Elephant, no se encuentra restringido a un círculo determinado de usuarios. Por ello, la difusión e intercambio de pornografía infantil por esta vía puede perseguirse fácilmente a través de técnicas policiales como el “ciberrastreo”. En este sentido, BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?”, en *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 321; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet: El guardián al otro lado del espejo”, CGC, núm. 56, 2018, pág. 27.

⁶⁷⁵ BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales”, cit., pág. 321; URIARTE VALIENTE, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, cit., pág. 7.

⁶⁷⁶ URIARTE VALIENTE, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, cit., pág. 7; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online: la última frontera de la investigación penal”, RAD, núm. 1, 2017, pág. 9.

⁶⁷⁷ LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 7; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 3; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 113.

⁶⁷⁸ En este sentido, ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 3, indica que la jurisprudencia “*ha venido negando la aplicación del subtipo agravado del 189.2 apartado f) –delitos cometidos en el seno de una organización criminal– cuando el condenado por un delito de distribución de pornografía infantil pertenece a un foro privado donde diferentes personas se intercambiaban libremente archivos pedófilos*”. Vid. al respecto STS 913/2006, de 20-9.

No obstante, antes de la reforma de 2015, la STS 767/2007, de 3-10, estimó que la autorización concedida a un agente encubierto para investigar un foro de estas características cumplía con los requisitos del art. 282 bis.1 LECrim⁶⁷⁹. Es decir, que la actividad desarrollada en dichos foros podía ser considerada delincuencia organizada. Sin embargo, el agente encubierto en cuestión nunca llegó a acceder al foro privado —simplemente mantuvo contactos con el internauta que le informó de su existencia— y, por tanto, la sentencia finalmente no se pronuncia sobre si la actividad que allí se llevaba a cabo era o no delincuencia organizada. En su lugar, sostiene la legitimidad de la autorización en base a que “*la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor ex ante plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable*”.

Para solventar este problema, la Ley Orgánica 13/2015, de 5-10, amplía el catálogo de hechos delictivos que pueden ser investigados mediante esta modalidad de agente encubierto. Así, la autorización judicial del art. 282 bis.6 LECrim puede ser concedida para investigar, no solo infracciones vinculadas a la delincuencia organizada, sino también “*delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación*”⁶⁸⁰. De este modo, el intercambio y difusión virtual de pornografía infantil pasa a ser una actividad delictiva susceptible de ser perseguida por un agente encubierto informático, con independencia de su eventual calificación como delincuencia organizada⁶⁸¹.

En todo caso, el agente encubierto informático queda autorizado para llevar a cabo infiltraciones en *canales cerrados de comunicación*. Dichos canales se caracterizan por la “*expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros del proceso de comunicación*”⁶⁸². Así, por ejemplo, los emails, chats privados o, incluso, las llamadas

⁶⁷⁹ Vid. un análisis detallado de dicha sentencia en URIARTE VALIENTE, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, cit., pág. 8; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 6.

⁶⁸⁰ El art. 282 bis.6 LECrim, empleando una triple remisión, condiciona la autorización del agente encubierto informático a la investigación de “*los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a*”. Es decir, a la persecución de la delincuencia organizada (art. 282 bis.4 LECrim) y de los “*delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación*” (art. 588 ter a LECrim). Los delitos a los que refiere el art. 579.1 LECrim son: “*1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3.º Delitos de terrorismo*”.

⁶⁸¹ LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 6; VALIÑO CES, “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, LL, núm. 8731, 2016, pág. 5; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 28.

⁶⁸² SSTS 249/2008, de 20-5; 940/2008 de 18-12; 83/2013, de 13-2. En el mismo sentido, CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 35; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 103.

telefónicas, constituyen canales cerrados de comunicación. Esta clase de canales se contraponen a aquellos orientados a la emisión de información a un colectivo indeterminado de personas⁶⁸³. Estos últimos reciben la denominación de *canales abiertos de comunicación*. Los foros abiertos de internet, algunas redes sociales, o las redes P2P, son buenos ejemplos de canales abiertos de comunicación⁶⁸⁴.

La doctrina sostiene de forma unánime que las infiltraciones policiales en *canales abiertos de comunicación* no requieren autorización alguna para llevarse a cabo de forma legítima⁶⁸⁵. En dichos canales “*el empleo de una identidad supuesta es la regla: todos se asoman a ese mundo usando un nick (...) En la red no se produce engaño por la utilización de pseudónimo. Todos lo utilizan: es una regla de ese espacio de comunicación*”⁶⁸⁶. La ocultación de la condición policial en esta clase de canales no defraudaría la confianza de sus interlocutores, pues estos ya tendrían asumido que en estos espacios los internautas suelen actuar bajo identidad supuesta⁶⁸⁷. Así, el engaño inherente a toda infiltración policial no restringiría en este ámbito ningún derecho fundamental⁶⁸⁸. Por ello, no sería necesario el previo plácet judicial para llevar a cabo una infiltración policial. La habilitación genérica del art. 282 LECrim dotaría de cobertura a la actuación de un agente infiltrado en estos canales⁶⁸⁹.

Del mismo modo, la doctrina afirma, también de forma unánime, que las infiltraciones policiales en canales cerrados de comunicación restringen derechos fundamentales de las personas investigadas y, por ello, requieren el previo plácet del art. 282 bis.6 para realizarse de forma legítima⁶⁹⁰. Sin embargo, desde mi punto de vista, dicha afirmación

⁶⁸³ RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 103.

⁶⁸⁴ ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 4.

⁶⁸⁵ LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 4; VILLAR FUENTES, “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 374; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 104; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 7; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 35. Vid. también las SSTs 767/2007, de 3-10; 173/2018, de 11-4.

⁶⁸⁶ STS 173/2018, de 11-4. En sentido similar, el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de la LO 13/2015 se refiere a “*los parámetros ordinarios que rigen en la actividad que se desarrolla habitualmente en la red, espacio virtual en el que está generalmente asumida la circunstancia de que un número importante de usuarios interactúen bajo identidad supuesta o nickname de fantasía*”

⁶⁸⁷ LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 4; VILLAR FUENTES, “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, cit., pág. 374; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 7.

⁶⁸⁸ RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 104.

⁶⁸⁹ ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 5; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 35.

⁶⁹⁰ BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales”, cit., pág. 324; VELASCO NÚÑEZ, “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 4, 2011, pág. 5; LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en

resulta incompatible con la admisión —también prácticamente unánime en la doctrina— de las infiltraciones policiales de corta duración. En efecto, si se acepta que no toda infiltración *física* restringe derechos fundamentales —presupuesto conceptual de las infiltraciones de corta duración— no puede sostenerse que toda infiltración *virtual* en un canal cerrado de comunicación sí que los vulnere. Veámoslo.

Los canales cerrados de comunicación se caracterizan por la voluntad de los interlocutores de excluir a terceros del proceso de comunicación. Precisamente por esa razón dichos procesos de comunicación se encuentran protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). De esta manera, su interceptación *por parte de un tercero* restringe el mentado derecho fundamental. Así, por expreso mandato constitucional, la intervención de un email, WhatsApp, o chat privado *ajeno* requiere de forma ineludible una autorización judicial para ser legítima.

Ahora bien, las comunicaciones verbales directas entre interlocutores determinados también quedan amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, “*el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas (...) que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma*”⁶⁹¹. Por ello, la interceptación *por un tercero* de esta clase de conversaciones —por ejemplo, mediante la instalación de un micrófono en el lugar donde se llevan a cabo— también requeriría forzosamente una autorización judicial.

Así pues, las infiltraciones virtuales en canales cerrados de comunicación resultan equiparables a las infiltraciones físicas en que se llevan a cabo conversaciones privadas (la práctica totalidad de las mismas). Por ello, o bien se estima que todas las infiltraciones físicas en que se llevan a cabo conversaciones privadas restringen derechos fundamentales —vaciando con ello de contenido el concepto de infiltración de corta duración⁶⁹²— o bien se considera que no todas las infiltraciones virtuales en canales

el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 8; VALIÑO CES, “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 384; SÁNCHEZ GÓMEZ, “El agente encubierto informático”, LLP, núm. 118, 2016, pág. 6; VILLAR FUENTES, “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, cit., pág. 374; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 8; RAIMÚNDEZ LÓPEZ, “Nuevas técnicas de investigación y su posible afectación a los derechos fundamentales: la figura del agente encubierto”, en *Derechos y obligaciones en el estado de derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017, pág. 656; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 104; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 29.

⁶⁹¹ STC 145/2014, de 22-9.

⁶⁹² Más bien, reduciéndolo a las infiltraciones policiales que solamente llevan a cabo conversaciones dirigidas a un colectivo indeterminado de personas. Esto es, en la práctica, a la insignificancia.

cerrados de comunicación afectan a derechos constitucionales —circunscribiendo así dicha afectación a aquellas que tengan la duración e intensidad propias de una infiltración de larga duración—. *Tertium non datur*.

La doctrina que se ha ocupado del agente encubierto informático parece incurrir, de nuevo, en la falacia de la afirmación del consecuente. Esta es, sostener que actuar bajo identidad supuesta en canales cerrados de comunicación restringe derechos fundamentales *porque la Ley requiere una autorización judicial para ello*. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, la respuesta a cuándo una infiltración policial incide en derechos fundamentales solo nos la puede dar la Constitución. Del hecho de que la LECrim prevea una autorización judicial para la infiltración en canales cerrados de comunicación no se deriva —ni se puede derivar— que tal infiltración restrinja derechos fundamentales. Además, el art. 282 bis.1 LECrim también prevé una autorización para “*actuar bajo identidad supuesta*”, sin que de ello la doctrina y la jurisprudencia hayan derivado que toda infiltración policial física restrinja derechos fundamentales.

En todo caso, resulta sorprendente que muchos autores sostengan que el derecho fundamental afectado por (todas) las infiltraciones policiales en canales cerrados de comunicación sea el *derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE)⁶⁹³. Máxime cuando la doctrina y jurisprudencia constitucionales afirman de forma unánime que dicho derecho solamente garantiza “*que las comunicaciones sean impenetrables para terceros ajenos a la comunicación misma*”⁶⁹⁴. Es decir, que “*no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige*”⁶⁹⁵. Aunque es cierto que los canales cerrados de comunicación son los únicos que se encuentran protegidos por el art. 18.3 CE —y que, por ello, la infiltración en canales abiertos nunca podrá vulnerar el mentado derecho— de ello no se deriva que la infiltración en dichos canales restrinja el secreto de las comunicaciones. El policía que se infiltra en un canal cerrado de comunicación es el *destinatario* de los mensajes que le envían los sujetos investigados y, por ello, no puede afectar a su derecho al secreto de las comunicaciones. Solamente *terceros* ajenos al proceso comunicativo pueden vulnerar dicho derecho. El derecho fundamental que puede verse afectado por una infiltración policial en

⁶⁹³ RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 104; ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online”, cit., pág. 8; VELASCO NÚÑEZ, “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, cit., pág. 5; VALIÑO CES, “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, cit., pág. 5; CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 29.

⁶⁹⁴ SSTC 70/2002 de 3-4; 281/2006, de 9-10; 145/2014, de 22-9. Vid. también JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, REDC, núm. 20, 1987, pág. 45; RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 93; DÍAZ REVORIO, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 59, 2006, pág. 163.

⁶⁹⁵ SSTC 114/1984, de 29-11; 56/2003, de 24-3.

un canal cerrado de comunicación —si es que hay alguno— debe ser necesariamente otro diferente.

De todos modos, la actuación del agente encubierto informático que aquí más interesa es la de “*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*” (art. 282 bis.6 LECrim). Como ya se ha expuesto, la autorización⁶⁹⁶ para proceder a esta clase de intercambios o envíos tiene como objetivo facilitar la infiltración policial en foros de acceso restringido en los que se comparten archivos de contenido pedófilo⁶⁹⁷. No obstante, esta clase de actuaciones, además de constituir una conducta típica —de difusión de pornografía infantil— suponen en todo caso una provocación. Esto es, una contribución a un delito —de tenencia de pornografía infantil— realizada con el propósito de lograr el castigo de los sujetos investigados. La particularidad de esta clase de provocación es que, además de estar jurídico-penalmente justificada, también se encuentra *procesalmente autorizada*⁶⁹⁸. Es decir, que en caso de restringir algún derecho fundamental de los sujetos

⁶⁹⁶ El envío o intercambio de archivos ilícitos por parte del agente encubierto informático requiere una autorización judicial específica. Así, el preámbulo de la LO 13/2015, de 5-10, afirma que “*agente encubierto informático que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación*”. No obstante, en el proyecto de ley que se presentó en primer lugar no se requería una autorización específica de estas características. Sobre la tramitación y modificación parlamentaria de este precepto vid. LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 10; RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 118.

⁶⁹⁷ La Ley no se pronuncia sobre el origen de los archivos que autoriza a intercambiar y enviar. Es decir, no especifica cómo debe proveerse al agente encubierto informático de dicho material ilícito. LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 9 y CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 36, sugieren que se emplee para ello material incautado en operaciones anteriores y que ya estuviera circulando previamente por la red. Por otro lado, BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales, cit., pág. 326, propone que se utilice material camuflado. Esto es, material pornográfico en el que aparezcan actores y actrices mayores de edad haciéndose pasar por menores de edad. No obstante, adviértase que esta última posibilidad no requeriría de forma ineludible la autorización del art. 282 bis.6 LECrim, pues el mentado material no sería en rigor ilícito (art. 189.1.c CP). Además, tal y como indica CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, cit., pág. 36, esta estrategia tiene sus limitaciones: “*dependiendo de las inclinaciones pedófilas de los criminales, puede ser necesario que los menores sean de corta edad, por lo que sería imposible recurrir a actores adultos que se hagan pasar por niños o niñas*”. En todo caso, el intercambio o envío de pornografía infantil (real) por parte del agente encubierto informático genera un riesgo relevante de que dicho material acabe siendo redistribuido en la red en un sinnúmero de ocasiones y, por ello, la autorización judicial para proceder a ello deberá ser especialmente ponderada. En este sentido, BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales, cit., pág. 326; VALIÑO CES, “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, cit., pág. 5.

⁶⁹⁸ El art. 282 bis.6 LECrim contiene indudablemente una norma de autorización procesal. En este sentido, la redacción del precepto es clara: “*El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*”. Adviértase la diferencia entre el contenido de este precepto y la causa de justificación del art. 282 bis.5 LECrim: “*El agente encubierto estará exento de*

investigados, dicha restricción deberá estimarse legítima. En consecuencia, las pruebas obtenidas —incluidas las que acreditan la tenencia de la pornografía enviada por el propio agente encubierto informático— serán completamente lícitas.

La valoración normativa que merezca la conducta del sujeto provocado de recibir —y, por tanto, poseer— los archivos ilícitos enviados por un agente encubierto informático constituye un problema especialmente interesante para cualquier argumento que trate de fundamentar su impunidad. Más aun, cuando no se logre descubrir ningún otro delito mediante dicho envío. Así, por ejemplo:

Un Juez de instrucción autoriza el envío pornografía infantil a un sujeto sobre el que recaen sospechas fundadas de pertenecer a un foro en el que se distribuye esta clase de material ilícito. No obstante, el sujeto que recibe dichos archivos, o bien no permite el acceso del agente encubierto informático al foro en cuestión, o bien accede a ello y se descubre que en dicho foro no se llevan a cabo las actividades ilícitas sospechadas.

En todo caso, el argumento con el que se fundamente la impunidad del sujeto provocado —si es que esta puede fundamentarse de algún modo— deberá dar cuenta de la solución que ofrece a esta clase de supuestos. En particular, deberá aclarar el tratamiento que deben recibir aquellos casos en que el agente provocador lleva a cabo una conducta típica, no solo penalmente justificada, sino también procesalmente autorizada.

8.2. La circulación o entrega vigilada

El último concepto que conviene deslindar del de agente provocador es el de “circulación o entrega vigilada”. Aunque las confusiones entre uno y otro concepto no son tan frecuentes como ocurre con las infiltraciones policiales, su comparación puede ser útil para aclarar el concreto ámbito de esta investigación.

El art. 263 bis LECrim indica que el Juez de instrucción, el Ministerio Fiscal, así como determinados cargos policiales⁶⁹⁹, pueden autorizar “*que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas (...) circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de*

responsabilidad criminal”. Mientras que el primer precepto *autoriza* una actuación, el segundo solamente *exime* de responsabilidad criminal por ella.

⁶⁹⁹ En concreto, los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores. Críticamente con la posibilidad de que simples cargos policiales autoricen esta clase de actuaciones QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada”, cit., pág. 1824; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El agente encubierto y la entrega vigilada”, cit., pág. 120; ALONSO PÉREZ, “Circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas”, LL, núm. 7, 2000, pág. 1252.

*descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito*⁷⁰⁰. Así, esta autorización permite que la policía *omita* temporalmente la incautación de determinados objetos ilícitos y la detención de sus portadores. En todo caso, dicha omisión viene condicionada a la *vigilancia* de los efectos delictivos cuya circulación se permite. Con ello, se persigue *descubrir e identificar* a los sujetos implicados en determinadas actividades delictivas. Esta clase de actuación recibe la denominación de *circulación o entrega vigilada*⁷⁰¹.

La autorización del art. 263 LECrim permite una *omisión*. En concreto, la omisión de perseguir determinadas conductas delictivas e incautar sus efectos⁷⁰². Ante una situación delictiva en la que un policía hubiese debido intervenir —normalmente la detección de un envío de droga— la autorización del art. 263 LECrim le permite abstenerse de dicha intervención. De este modo, el agente en cuestión queda exonerado (temporalmente) de su deber de denunciar y perseguir determinadas infracciones.

A pesar de que nuestra Ley procesal emplea la locución “circulación o entrega vigilada”, la autorización del art. 263 bis LECrim no permite que la policía entregue o ponga en circulación ninguna clase de objeto ilícito. Es decir, no ampara *comportamientos activos* tendentes a introducir drogas u otros objetos ilícitos en el mercado⁷⁰³. En este sentido, la redacción del precepto es clara. Aquello autorizado por el art. 263 bis.2 LECrim es la

⁷⁰⁰ Además de las remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, el art. 263 bis.2 LECrim también permite la circulación de “*sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal*”. En el texto se ha omitido la referencia completa a estos objetos por razones de claridad expositiva.

⁷⁰¹ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 23, afirma que tanto la “circulación” como la “entrega” vigilada constituyen una actividad unitaria: “*si el art. 263 bis emplea en sus dos primeros números ambos vocablos (circulación, entrega) para referirse a la aludida técnica, ello tiene como único objeto el expresar con mayor claridad los dos supuestos fácticos que pueden darse en la realidad: que la conducta vigilada de introducir la droga en España, desplazarla por su territorio o sacarla del mismo, sea realizada sin actos de tráfico comercial ilícito (simple circulación) o que en alguno de esos pasos se produzca la traditio de las drogas u otras sustancias de unos sujetos a otros, por ejemplo, de manos de la organización que las introduce en el territorio del Estado a manos de aquella que las distribuye (entrega propiamente dicha)*”.

⁷⁰² FABIÁN CAPARRÓS, “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 81/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, ADPCP, núm. 46, 1993, pág. 600; GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 24; DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, LL, núm. 5, 2000, pág. 1854.

⁷⁰³ En caso contrario, QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada”, cit., pág. 1824, se pregunta con razón “*¿de dónde pueden salir tales elementos para efectuar entregas controladas?*”.

conducta de “*permitir (...) sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes*”⁷⁰⁴. Además, la ubicación sistemática del art. 263 bis LECrim en el título referido a la denuncia contribuye a poner de manifiesto que dicha autorización no constituye nada más que una excepción al deber de denunciar y perseguir determinados delitos (art. 262 LECrim)⁷⁰⁵. La autorización de una intervención policial activa —como la de entregar o poner en circulación un objeto ilícito— sin duda hubiera encontrado mejor acomodo en otra sección de la LECrim⁷⁰⁶.

En todo caso, la omisión autorizada por el art. 263 bis LECrim queda condicionada a la *vigilancia* de los objetos ilícitos cuya circulación o entrega se permite. De este modo, se trata de conjurar el riesgo de que se pierda el control sobre los efectos delictivos que deberían ser incautados⁷⁰⁷. En caso de que dicho riesgo sea demasiado elevado, la LECrim prevé la posibilidad de sustituir subrepticamente las sustancias prohibidas por otras de carácter inocuo⁷⁰⁸. Es decir, de cambiar la droga contenida en un paquete por un sucedáneo legal⁷⁰⁹. Así, el peligro de que se pierda el control de dichas sustancias se anula

⁷⁰⁴ En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 24; DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1855; DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo: perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2008, pág. 213.

⁷⁰⁵ CARMONA SALGADO, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, cit., pág. 169. GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 25, indica que dicha excepción no afecta solo al deber de denuncia de la policía sino, especialmente, a su deber de detención (art. 492.1 LECrim).

⁷⁰⁶ DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 213, añade un último argumento de cara a descartar que mediante el art. 263 bis LECrim se pueda autorizar una intervención policial activa: “*En dicho precepto se indica con claridad que el objeto de control será lo conocido como remesa, que se refiere a la remisión o envío que de una cosa se lleva a cabo de una parte a otra; lo que excluye que el origen del mismo parta del encargado de hacer la entrega controlada que es el propio Estado*”. En el mismo sentido, DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1855.

⁷⁰⁷ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 17, indica que dicho riesgo debe ser especialmente valorado a la hora de autorizar una circulación o entrega vigilada.

⁷⁰⁸ Tal y como indica DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 214, la sustitución de una sustancia prohibida por otra de carácter inocuo no constituye una actuación estructural o preceptiva en las entregas vigiladas de drogas, sino que “*podrá utilizarse por razones de oportunidad (...) valorando el riesgo probable de desaparición o pérdida de la remesa que está siendo objeto de la diligencia*”. También DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1855.

⁷⁰⁹ El art. 263 bis.2 LECrim permite la sustitución de cualquiera de los efectos delictivos que pueden ser objeto de una circulación o entrega vigilada. No obstante, en la práctica, únicamente resulta viable hacerlo con sustancias estupefacientes. La razón es sencilla. El art. 263 bis.4 LECrim restringe la posibilidad de interceptar y abrir envíos postales sin la presencia del interesado a aquellos “*sospechosos de contener estupefacientes*”. Tal y como señala DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 214, cuando el objeto delictivo es otro diferente “*esta hipótesis resulta absurda, esto porque para poder llevar a cabo el cambio se necesitará, de acuerdo al art. 584 de la LECrim, la presencia en la apertura del destinatario, con lo cual resultará absurdo llevar a cabo la sustitución*”.

completamente. Esta es, en rigor, la única de intervención activa que autoriza el art. 263 bis LECrim⁷¹⁰.

La *finalidad* que se persigue mediante la circulación o entrega vigilada es “*descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito*” (art. 263 bis LECrim). Dicha finalidad presupone el conocimiento sobre la existencia de un delito⁷¹¹. Mediante la no intervención y el sometimiento a vigilancia de los efectos delictivos se pretende obtener información y pruebas sobre las personas relacionadas con él⁷¹². Así, por ejemplo, ante la detección de un envío postal que contiene sustancias estupefacientes —y, por ende, la constatación de un delito de tráfico de drogas— la incautación inmediata del mismo podría impedir la condena de sus autores. En efecto, difícilmente podrá condenarse a su destinatario por el mero de hecho de figurar como tal en el paquete⁷¹³. En cambio, si se permite la circulación de la droga y se observa la reacción de la persona que la recibe, su implicación en el delito podrá acreditarse con mucha más facilidad. Además, en muchas ocasiones, la persona encargada de recibir el envío “*tiene una posición en el peldaño inferior de la estructura criminal, o bien, incluso, independiente de ella, a la que se contrata a los solos efectos de retirarlo*”⁷¹⁴. Si se retrasa la intervención de la policía y se somete a vigilancia la remesa podrán averiguarse más datos útiles sobre los canales de tráfico y, en última instancia, acceder a los peldaños superiores de las organizaciones criminales que los controlan.

En la mayoría de ocasiones en que se lleva a cabo una circulación o entrega vigilada los delitos investigados ya estarán consumados. En este sentido, la jurisprudencia española considera de forma unánime que “*si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida*”⁷¹⁵. Es decir, que el concierto previo para recibir un envío de sustancias estupefacientes ya constituye por sí mismo una actividad de promoción o favorecimiento

⁷¹⁰ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 25.

⁷¹¹ DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 208.

⁷¹² *Ibidem*, pág. 207.

⁷¹³ DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1853.

⁷¹⁴ DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 206.

⁷¹⁵ SSTs 2108/1993, de 27-9; 383/1994, de 5-5; 1226/1994, de 9-9; 357/1996, de 23-4; 931/98, de 8-7; 1594/99, de 11-11; 989/2004, de 9-9; 766/2008, de 27-11. Esta última sentencia añade: “*en envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detención física del producto*”.

del consumo ilegal de drogas (art. 368 CP)⁷¹⁶. Desde el momento en que se pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda perfeccionado⁷¹⁷. Por ello, antes de que la policía reciba la autorización del art. 263 bis LECrim, el delito de tráfico de drogas cuyos autores se intentarán descubrir mediante la entrega vigilada *ya se encontrará consumado*.

No obstante, en el marco de esta clase de operaciones, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de apreciar una tentativa (inidónea) de tráfico de drogas si “*la primera intervención del acusado sobreviene cuando ya la droga está policialmente controlada*”⁷¹⁸. Esto es, si la implicación de la persona que acude a recibir la droga se ha producido con posterioridad a que la entrega vigilada hubiese sido acordada. En estos casos, aunque el destinatario real de la droga —quien ha concertado su envío— deba ser castigado por un delito consumado⁷¹⁹, el receptor de la misma será sancionado por una tentativa siempre que se cumplan los siguientes requisitos: “*1) Que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero. 2) Que no sea el destinatario de la mercancía. 3) Que no se llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas*”⁷²⁰. Así, aunque mediante las entregas vigiladas se persigue identificar a las personas que ya estaban implicadas en un determinado delito —aquellas que concertaron el envío del objeto ilícito— su puesta en práctica puede desencadenar la detención y condena (por tentativa) de otros sujetos que, en el momento de acordarse la medida, todavía no habían cometido infracción alguna.

En cualquier caso, las circulaciones o entregas vigiladas no restringen derechos fundamentales de las personas a las que se investiga⁷²¹. El fundamento de la autorización

⁷¹⁶ En este sentido, la STS 935/2016 de 15-12, indica que “*la connivencia gestada antes de la intervención policial es por sí sola actividad de facilitación o promoción de la circulación y ulterior y consiguiente consumo ilegal de sustancias estupefacientes. Por tanto su protagonista conjuga en primera persona los verbos típicos*”.

⁷¹⁷ STS 1435/2000, de 29-9.

⁷¹⁸ STS 935/2016, de 15-12.

⁷¹⁹ La STS 935/2016, de 15-12, circunscribe claramente el ámbito de la tentativa al sujeto que “*se involucra en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. En esos casos y solo para esa última persona estaremos ante una tentativa inidónea*”.

⁷²⁰ STS 356/2017, de 18-5.

⁷²¹ DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1854. La única restricción de derechos fundamentales que puede ir asociada a una entrega vigilada es la apertura de un paquete postal a efectos de sustitución de la sustancia ilícita por otra inocua. No obstante, en tanto que afectan al secreto de las comunicaciones, dichas aperturas “*se llevarán a cabo respetando en todo momento*

del art. 263 bis LECrim no consiste en legitimar una eventual infracción de derechos constitucionales. Tampoco parece tener como objetivo justificar las conductas típicas que pueda llevar a cabo la policía en el marco de una entrega vigilada. Al fin y al cabo, cuando su actuación se ajuste al contenido de la autorización, tanto el tipo de tráfico de drogas (art. 368 CP) como el de favorecimiento de la delincuencia⁷²² (art. 408 CP) resultarán inaplicables⁷²³. En este sentido, el art. 263 bis LECrim autoriza una *conducta atípica* y, por tanto, su fundamento no consiste en excluir la responsabilidad penal de los agentes que la llevan a cabo. Tal y como indica GUINARTE CABADA, la principal función de este precepto parece ser la de “*reforzar el control judicial sobre la actuación de investigación criminal de la policía*”⁷²⁴. No obstante, resulta dudoso que dicha función pueda cumplirse si, en caso de no solicitarse la autorización pertinente, las consecuencias de la actuación policial serían exactamente las mismas —licitud de las pruebas obtenidas e irresponsabilidad penal de los agentes— que de haberse concedido. A fin de cuentas, la ausencia de incentivos para someterse al control judicial que impone esta medida puede motivar que la policía opte por realizarla directamente *motu proprio*⁷²⁵. Por ello, la autorización del art. 263 bis LECrim parece tener, *a priori*, poca relevancia práctica.

Llegados a este punto, cabe cuestionarse si las entregas vigiladas constituyen un supuesto de agente provocador⁷²⁶. Pues bien, en tanto que estas suponen una *contribución omisiva*

las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley” (art. 263 bis.4 LECrim).

⁷²² Denominación empleada por QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 1289, para aludir al delito del art. 408 CP.

⁷²³ Tal y como indica GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., págs. 36 y 39, el dolo típico del tráfico de drogas —referido al favorecimiento, promoción o facilitación del consumo de drogas— resulta incompatible con la finalidad que presupone una entrega vigilada. Lo mismo ocurre con la intención de ocultar el hecho delictivo que requiere el tipo del art. 408 CP. En sentido similar, DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1862; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 357.

⁷²⁴ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 41, ante la constatación de que “*la norma citada tiene una escasa trascendencia, por cuanto, y en la mayoría de hipótesis abarcadas, nos hallamos ante comportamientos que carecen en la actualidad de relevancia penal*”.

⁷²⁵ DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1862, sostiene que “*la práctica de una entrega vigilada sin sometimiento a los requisitos del art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente podrá generar la responsabilidad disciplinaria del funcionario-agente de policía adoptada en vía administrativa*”. Similar, REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 357. No obstante, ninguno de estos dos autores concreta cuál podría ser la eventual infracción disciplinaria que desincentivara la actuación policial en estos casos.

⁷²⁶ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 29, considera que las entregas vigiladas no son equiparables a las provocaciones al delito: “*En la entrega vigilada, el comportamiento de vigilancia no obstativa ciertamente no impide la aparición en otro de la resolución delictiva; pero ello no es suficiente para integrar el requisito de la causación de la resolución criminal, exigido para la inducción (...) Podría también argüirse que en estos supuestos la inducción se produce al permitir (por causa de la omisión de actuaciones que comporta la entrega vigilada) la causación de la resolución por el método de facilitar objetivamente la comisión del hecho, pero en tales hipótesis no hay inducción al no tratarse de un influjo psíquico, y sólo podrá hablarse, si acaso, de una cooperación o*

a la realización de un delito, su inclusión dentro del concepto de agente provocador no puede negarse. Sobre todo en aquellos casos en los que la entrega vigilada desencadena la detención y castigo (por tentativa inidónea) de un sujeto que, en el momento de acordarse la medida, todavía no había cometido infracción alguna. Al fin y al cabo, sin dicha omisión la tentativa por la que es detenido no habría podido cometerse. A efectos de este trabajo, las contribuciones omisivas a un delito con el propósito de lograr su represión serán consideradas un supuesto de agente provocador y, por tanto, las entregas vigiladas constituirán una provocación.

Las entregas vigiladas no constituyen los únicos supuestos imaginables de provocaciones omisivas. Para muestra de ello, un par de ejemplos: a) *un policía que tiene intervenido el teléfono móvil de un sospechoso descubre a través de sus conversaciones una conspiración (art. 17.1 CP) de un delito de robo (art. 269 CP). Pudiendo y debiendo proceder a la detención de los conspiradores, el policía decide no intervenir y someterlos a una estricta vigilancia en orden a capturarlos en el momento en el que inicien los actos ejecutivos del robo. De este modo, pretende lograr que estos sean castigados con una pena más elevada de la que les correspondería por el acto preparatorio de conspiración. Finalmente, tal y como había planeado el policía, los sujetos son detenidos en el momento en que inician la tentativa.* b) *Un ciudadano llama a la policía para avisar que ha encontrado un monedero perdido en los arbustos de un parque muy concurrido. El policía que acude a la llamada, en vez de llevar el monedero a comisaría, decide someterlo a vigilancia en el mismo lugar que lo ha dejado el ciudadano que dio el aviso —mucho más a la vista que cuando estaba en los arbustos— para ver si alguna persona que pasea por el parque trata de apropiárselo. Unos minutos después, un sujeto detecta el monedero y, tras tirar a la basura el documento identificativo que contenía en su interior, se lo guarda en el bolsillo. Inmediatamente, el policía que se encontraba vigilando procede a su detención.* Adviértase que, a diferencia de lo que ocurre con las entregas vigiladas, en estos ejemplos la omisión policial no se encuentra expresamente autorizada. La relevancia normativa que esto deba tener será, en todo caso, analizada más adelante.

complicidad psíquica (por omisión) irrelevante desde la perspectiva penal". El análisis de GUINARTE CABADA sin duda es correcto. No obstante, dicho análisis parte de una definición de provocación al delito que se equipara al delito provocado (por ello requiere que concurra una inducción) y, en consecuencia, no responde a la cuestión que se plantea en el texto.

9. Conclusiones de la primera parte: de la solución al problema

La construcción jurisprudencial del delito provocado delimita un conjunto de supuestos en los cuales un sujeto que comete un delito debe permanecer impune. Aunque sus límites resultan razonables, la razón por la que esta figura comporta la absolución de quien ha delinquido no es, ni mucho menos, evidente. Ninguno de los cuatro argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para tratar de fundamentar dicha absolución puede explicar, *a priori*, los elementos que la delimitan. En este sentido, no existe una correspondencia lógica entre la respuesta que dan dichos argumentos a la cuestión de ¿por qué el delito provocado determina la impunidad? y la que ofrecen los elementos mentados a la pregunta de ¿cuándo concurre un delito provocado? Ello conlleva que, a la hora de aplicar esta institución, nuestra jurisprudencia carezca de un apoyo interpretativo que le permita resolver de forma previsible los casos más controvertidos.

La búsqueda de un fundamento que permita explicar la intuición que subyace a la construcción del delito provocado ha obligado a examinar otras figuras que, en el ámbito internacional, llegan a conclusiones similares. Tras comparar sus respectivos límites, se ha logrado identificar cuál es su común denominador: absolver al autor de un delito favorecido por un sujeto que pretendía obtener su castigo. Aunque dicha absolución se condiciona a la concurrencia de otras circunstancias, que varían de una figura a otra, sus límites siempre se definen a partir de un elemento referido a la acción de un tercero —una contribución al delito correspondiente— y otro que alude a la finalidad perseguida por este —lograr la represión penal del autor—. De este modo, los dos elementos mentados delimitan el marco de referencia común a las construcciones analizadas. En consecuencia, el fundamento que se encuentra tras la intuición que todas ellas comparten debería determinar por qué y cuándo la contribución de un sujeto a que otro delinca, con el propósito de lograr su castigo, comporta la impunidad de su autor. Este es, precisamente, el problema que tratará de resolverse en la segunda parte de esta investigación.

El concepto operativo escogido para plasmar los dos elementos comunes a las figuras examinadas ha sido el del agente provocador. Dicho concepto presupone la existencia de alguien que comete un delito —el sujeto provocado— favorecido por otro —el agente provocador— que pretende obtener su represión. No obstante, ni prejuzga el castigo o la impunidad del primero, ni hace lo propio con la responsabilidad del segundo. Simplemente, delimita el problema que se quiere abordar a través de este trabajo. Al contrario de lo que ocurre con otros conceptos de contornos similares, el agente provocador no debe ser necesariamente un policía que oculta su identidad y verdaderas intenciones (agente infiltrado), ni vulnerar a través de su intervención derecho

fundamental alguno (infiltración policial de larga duración), ni estar expresamente autorizado para desarrollar una determinada actuación (agente encubierto o entrega vigilada). La relación entre el concepto de agente provocador y todos estos elementos resulta meramente contingente: pueden concurrir en un supuesto concreto, pero no caracterizan el comportamiento propio del agente provocador.

Así pues, el problema que trata de solucionar la construcción jurisprudencial del delito provocado —así como el resto de figuras expuestas— puede formularse en los siguientes términos: *¿por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado?* Precisamente, el objetivo de la segunda parte de esta investigación consiste en dar una respuesta a esta pregunta. Para ello, en primer lugar, se analizará una cuestión previa que, en última instancia, condicionará la resolución del problema planteado. Esta es, la de cuándo debe responder penalmente el agente provocador (capítulo V). En segundo lugar, se examinarán los distintos argumentos empleados por la doctrina y la jurisprudencia para fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado, tratando de poner de relieve las razones que impiden suscribirlos (capítulo VI). Por último, se propondrá un argumento que, sobre la base de algunas ideas sugeridas por la doctrina y la jurisprudencia, permita fundamentar satisfactoriamente la impunidad del sujeto provocado. A través de dicho argumento se delimitarán los supuestos en que el sujeto provocado debería ser absuelto, poniendo de manifiesto la relevancia que tiene a estos efectos la responsabilidad del agente provocador (capítulo VII).

—SEGUNDA PARTE—

**DEL AGENTE PROVOCADOR A LA IMPUNIDAD DEL
SUJETO PROVOCADO**

V. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR COMO PRESUPUESTO

De acuerdo con el marco conceptual definido previamente, el objetivo de esta investigación consiste en fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado. Es decir, determinar *por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado*. No obstante, en este capítulo se abordará una cuestión previa que constituye, precisamente, el reverso del problema que trata de solventarse. Esta es, la de *cuándo debe responder penalmente el agente provocador*. La relevancia de dicha responsabilidad a los efectos de fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado será puesta de manifiesto en el último capítulo de este trabajo⁷²⁷. De momento, basta con señalar que las preguntas acerca de cuándo debe responder penalmente el agente provocador y cuándo debe permanecer impune el sujeto provocado se encuentran entrelazadas. Precisamente por ello, como *presupuesto* para abordar esta última cuestión será necesario analizar, aunque sea sucintamente y con carácter instrumental, los límites de la responsabilidad penal del agente provocador.

La relación entre la responsabilidad del agente provocador y la impunidad del sujeto provocado no es la que deriva del principio de accesoriidad limitada de la participación. Obviamente, si el sujeto provocado no realizara un hecho que, como mínimo, resulte típicamente antijurídico, el agente provocador no podría responder como partícipe del mismo. No obstante, el sujeto provocado sí que lleva a cabo un injusto —aunque algunos de los argumentos que se analizarán en el próximo capítulo sostengan lo contrario— y, por tanto, la responsabilidad del agente provocador no depende de su eventual castigo. Es más, como más adelante tratará de ponerse de manifiesto, el vínculo entre ambas cuestiones tiene la estructura inversa: no es la antijuridicidad de la conducta del sujeto provocado lo que condiciona el castigo del agente provocador —pues el primero siempre realizará un injusto— sino que la antijuridicidad de la conducta del agente provocador será lo que condicione, en algunos casos, el castigo del sujeto provocado.

Teniendo en cuenta que el agente provocador se ha caracterizado como un sujeto que contribuye a la comisión de un delito con el propósito de lograr el castigo de otro, el examen de su responsabilidad penal deberá dividirse en dos partes: una por cada elemento conceptual que lo define. Así, en primer lugar, se delimitará cuándo una *contribución* a la realización de un delito resulta *típica*. Sobre esta base, en segundo lugar, se determinará cuándo la finalidad de obtener el *castigo* de otro puede *justificar* una conducta típicamente relevante. De este modo, los límites de la responsabilidad penal del agente provocador

⁷²⁷ Vid. *infra* los apartados 6 y 8.2 del capítulo VII.

abarcarán todos aquellos supuestos en que, por un lado, su contribución resulte típica y, por el otro, la finalidad de conseguir la represión del sujeto provocado no justifique dicha contribución.

1. Contribución y tipicidad

El primer elemento que caracteriza la actuación propia de un agente provocador es la contribución a que otro —el sujeto provocado— realice una conducta delictiva. Dicha contribución puede plasmarse en una incitación o en cualquier otra clase de cooperación que favorezca efectivamente la comisión de un delito. Teniendo en cuenta estas premisas conceptuales, la cuestión que aquí debe resolverse es la siguiente: ¿son típicas todas las contribuciones que favorecen efectivamente que otro cometa un delito? A primera vista, los arts. 28 y 29 CP parecen responder afirmativamente a esta pregunta. Al fin y al cabo, los preceptos mentados no requieren ninguna condición añadida para calificar a un sujeto como inductor, cooperador necesario o cómplice. De acuerdo con su tenor literal, basta con inducir directamente o cooperar (de forma necesaria o no) a la ejecución de un hecho delictivo. En tanto que la actuación del agente provocador se define mediante esos mismos términos, podría parecer que, como mínimo, debe constituir una conducta típica de participación. Sin embargo, existe consenso en que esto no es así. Partiendo de un determinado *fundamento de la participación*, la doctrina y la jurisprudencia exigen una serie de elementos adicionales para apreciar un comportamiento típico de inducción, cooperación necesaria o complicidad. El más conocido de todos ellos es el *dolo de consumación* referido a la participación en una tentativa. En virtud de esta exigencia —no prevista por la letra de la Ley⁷²⁸— la contribución a una tentativa solamente será típica si, además de favorecer su ejecución, va encaminada a la consumación del hecho principal⁷²⁹. En caso contrario, dicha contribución deberá estimarse atípica. Así, por ejemplo:

1) El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar con una pistola sobre un tercero. En realidad, el agente provocador actúa de forma concertada con el tercero y ambos saben perfectamente que la pistola en cuestión está inutilizada. Sin embargo, el sujeto provocado desconoce las dos cosas: el interés del agente provocador por acabar con la vida del sujeto provocado resulta completamente creíble y la pistola aparenta estar en óptimas condiciones. Finalmente, tentado por la generosa oferta del agente provocador, el sujeto provocado acepta el trato

⁷²⁸ Tal y como indica KÜPER, “Der agent provocateur im Strafrecht”, cit., pág. 322, dicho dolo de consumación no puede derivarse de una interpretación literal (o “lógico-conceptual”) de la Ley, pues el Código penal no configura la participación en una tentativa como un tipo incongruente. En este sentido, su exigencia solo puede fundamentarse en consideraciones teleológicas. Vid. también MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 47; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 53; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 153; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 645; NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, cit., pág. 180.

⁷²⁹ Vid. por todos MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 421.

*e intenta disparar de forma infructuosa sobre el tercero; 2) El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar con una pistola sobre un tercero. Sin embargo, en esta ocasión el agente provocador sabe perfectamente que dicha pistola se encuentra cargada y en óptimas condiciones. Finalmente, tentado por su generosa oferta, el sujeto provocado acepta el trato. No obstante, por algún imponderable, el sujeto provocado yerra el tiro y no consigue acabar con la vida del tercero. Aunque en ambos supuestos el agente provocador ha incitado directamente a la ejecución de una tentativa de asesinato, solamente en el segundo debería responder como inductor de la misma. Al fin y al cabo, en el primer caso su actuación no iba encaminada a la consumación del hecho principal. Pese a que la tentativa (inidónea) realizada por el sujeto provocado fuera (intersubjetivamente) peligrosa desde su perspectiva *ex ante*, la información adicional que tenía el agente provocador —la inutilización de la pistola— impide afirmar que este actuara con dolo de consumación, pues desde su perspectiva la conducta incitada no entrañaba ningún riesgo para la vida del tercero. En cambio, en el segundo supuesto la tentativa de asesinato era igualmente peligrosa desde la perspectiva *ex ante* del sujeto provocado y del agente provocador —pues ambos disponían de la misma información— y, por tanto, nada impide sostener que la incitación de su ejecución fuera encaminada a la consumación del asesinato. En tanto que el agente provocador obraba con dolo de consumación, su contribución constituiría indudablemente una conducta típica de inducción a la tentativa.*

De todos modos, la posibilidad de que una contribución al delito resulte atípica no queda restringida al favorecimiento de una tentativa sin dolo de consumación. En este sentido, el fundamento de la participación también impone la exigencia de otros requisitos adicionales en, al menos, tres grupos de casos: delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones que atentan contra bienes jurídicos propios. Más adelante se concretará el alcance de dichos requisitos en cada una de estas modalidades típicas. No obstante, antes de analizar su contenido conviene poner de manifiesto, aunque sea sucintamente, el fundamento que se encuentra tras ellos. Esto es, en definitiva, la razón por la cual no resultan típicas todas las contribuciones que favorecen efectivamente la comisión de un delito.

1.1. El fundamento de la participación

El fundamento de la participación (o del injusto del partícipe) constituye la razón por la cual se sancionan las conductas de inducción, cooperación necesaria y complicidad⁷³⁰.

⁷³⁰ La necesidad de fundamentar específicamente el injusto del partícipe únicamente cobra sentido si se parte de un concepto restrictivo de autor y, por tanto, se entiende que los arts. 28 y 29 CP (§ 26 y 27 StGB) contienen *tipos de participación*. Es decir, tipos que amplían el ámbito de lo punible a conductas que, de otro modo, deberían quedar impunes. Vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho*

Esto es, el motivo que subyace al castigo de la participación. Al margen de otras consideraciones, hoy en día nadie discute que el bien jurídico cuya protección fundamenta dicho castigo es el mismo que lesiona o pone en peligro el hecho principal⁷³¹. Es decir, el mismo bien jurídico amparado mediante el tipo que realiza el autor. Así, por ejemplo, la inducción a un homicidio se sanciona para proteger el bien jurídico “vida”. Del mismo modo, la complicidad en una violación se castiga para salvaguardar el bien jurídico “libertad sexual”. En este sentido, el objeto de protección que fundamenta el castigo de la participación es idéntico al de la autoría. Precisamente por ello se exige —mediante elementos como el dolo de consumación— que las conductas de participación, además de contribuir a la ejecución de un delito, *favorezcan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido mediante el tipo que realiza el autor*. Al fin y al cabo, el fundamento de la participación (el porqué) debe determinar su contenido (el cuándo)⁷³². Si dicho fundamento consiste en proteger el bien jurídico que lesiona o pone en peligro el autor, el contenido de la participación deberá excluir aquellas contribuciones que resulten inocuas para el mismo. Es decir, aquellas conductas que, pese a favorecer la ejecución de un tipo delictivo por parte del autor, no contribuyen a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por este.

De todos modos, conviene advertir que el injusto del partícipe podría abarcar cualquier contribución a que otro delinca si se fundamentara de otro modo. En particular, si la razón que motivara su castigo fuera proteger *otro bien jurídico distinto al que ataca el autor*. A continuación tratará de identificarse qué bienes jurídicos podrían cumplir ese cometido y, sobre todo, las inaceptables consecuencias derivadas de fundamentar en ellos el castigo de la participación.

penal, PPU, Barcelona, 1991, pág. 408; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 51; FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 71; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 381. En cambio, si se niega esta premisa y se estima que los partícipes también realizan los tipos de injusto previstos en la parte especial, la necesidad de fundamentar específicamente la participación desaparece. En este caso, el fundamento de la participación sería exactamente el mismo que el propio de la autoría. En este sentido, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pág. 179; EL MISMO, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 19; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 138. De todos modos, en este trabajo se asumirán los presupuestos propios del concepto restrictivo de autor, descartando de este modo que los partícipes realicen el mismo injusto que el autor.

⁷³¹ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, cit., pág. 47.

⁷³² RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 222; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pág. 119.

1.1.1. Las teorías de la corrupción

Las teorías de la corrupción fundamentan el injusto del partícipe en la protección de otro bien jurídico distinto al que ataca el autor⁷³³. Dicho objeto de protección puede identificarse, o bien en la propia persona del autor⁷³⁴, o bien en algún interés supraindividual⁷³⁵. Lo primero supondría que el desvalor propio de la participación consiste en favorecer el castigo del autor y/o su desintegración social. Lo segundo implicaría que las conductas de participación constituyen un ataque contra la paz jurídica o la vigencia del Derecho. En cualquier caso, una fundamentación de estas características permitiría sancionar cualquier contribución al delito de un agente provocador. Un ejemplo analizado con anterioridad puede ayudar a ilustrar el porqué:

El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar con una pistola sobre un tercero. En realidad, el agente provocador actúa de forma concertada con el tercero y ambos saben perfectamente que la pistola en cuestión está inutilizada. Sin embargo, el sujeto provocado desconoce las dos cosas: el interés del agente provocador por acabar con la vida del sujeto provocado resulta completamente creíble y la pistola aparenta estar en óptimas condiciones. Finalmente, tentado por la generosa oferta del agente provocador, el sujeto provocado acepta el trato e intenta disparar de forma infructuosa sobre el tercero. Aunque el agente provocador no haya contribuido en modo alguno a poner en peligro la vida del tercero —pues él sabía perfectamente que el arma estaba inutilizada— sí que ha favorecido el castigo y la desintegración social del sujeto provocado, así como la lesión del propio ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, su incitación ha llevado al sujeto provocado a ejecutar una conducta antijurídica que comportará su castigo, lo desintegrará socialmente y, además, puede cuestionar ante terceros la vigencia del Derecho. Si el desvalor propio de la participación se corresponde con alguno de estos elementos, la actuación del agente

⁷³³ Conviene advertir que la mayoría de defensores de estas teorías solamente fundamentaban *parcialmente* la participación en la protección de dicho bien jurídico distinto a al que ataca el autor. De este modo, el bien jurídico tutelado por el tipo de la parte especial también jugaba un papel (parcial) en dicha fundamentación. Vid. en este sentido, H. MAYER, *Strafrecht allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pág. 163, TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, Bern, 1967, pág. 101. Además, también debe resaltarse que, en la mayoría de casos, las teorías de la corrupción únicamente trataban de fundamentar el injusto del inductor. Así, en última instancia, su propósito no era responder a la pregunta de ¿por qué se castiga al partícipe?, sino a la cuestión de ¿por qué se castiga más al inductor que el cómplice? De todos modos, aquí no se analizarán las concretas formulaciones de los autores que defendieron esta clase de teorías, sino únicamente las ideas que subyacen a ellas.

⁷³⁴ H. MAYER, “Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft” en *Festschrift für Theodor Rittler*, Scientia, Aalen, 1957, pág. 255; EL MISMO, *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., pág. 155; LESS, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, *ZStW*, núm. 1, 1957, pág. 50; TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, cit., pág. 6.

⁷³⁵ STRATENWERTH, “Der agent provocateur”, cit., pág. 719; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986, pág. 50; HEGHMANN, “Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung”, *GA*, 2000, pág. 484.

provocador debería ser sancionada como una inducción a la tentativa⁷³⁶. A fin de cuentas, desde la perspectiva de dicho desvalor resulta irrelevante que la contribución del agente provocador no haya favorecido la puesta en peligro del bien jurídico “vida”.

Desde mi punto de vista, la teoría de la corrupción más sugerente es aquella que fundamenta la participación en la protección del autor. Más concretamente, en su protección frente a la pena. Desde esta perspectiva, el desvalor de la participación consistiría en favorecer que el autor sea castigado y, por tanto, sufra el mal que representa la pena. De este modo, el bien jurídico protegido mediante la participación sería, precisamente, aquel que lesiona legítimamente el Estado al imponer una pena al autor del delito. Es decir, su libertad o patrimonio. Expresado de forma muy gráfica: “*allí donde se impone la pena de muerte, el asesino ha acabado con una sola vida, la del asesinado. El inductor al asesinato, en cambio, con dos: la del asesinado y la del asesino*”⁷³⁷. En última instancia, la idea que subyace a este planteamiento podría sintetizarse del siguiente modo: el castigo de la participación pretende evitar la amarga necesidad de imponer una pena al autor de un delito.

En todo caso, salta a la vista que esta fundamentación es incompatible con nuestro derecho positivo. Si el injusto del partícipe se fundamenta en el castigo del autor, su contenido debería limitarse al favorecimiento de comportamientos que —de acuerdo con la terminología tradicional— resultan antijurídicos, culpables y, además, punibles (hiperaccesoriedad)⁷³⁸. Así, por ejemplo, la concurrencia de una excusa absolutoria que solamente afecta al autor (art. 268 CP) impediría apreciar cualquier conducta típica de participación, pues el favorecimiento del hecho principal no supondría, a su vez, una contribución a su castigo. Adviértase que ello entraría en abierta contradicción con la letra de la Ley (art. 268.2 CP) y, en particular, con el principio de accesoriedad limitada de la participación. Precisamente por ello, en su día, la doctrina trató de reformular la idea que subyace a esta fundamentación —la participación se castiga para proteger al autor— adaptándola a las exigencias derivadas de este principio. De este modo, se argumentó que la mera realización de un hecho antijurídico perjudica la integración social de su autor⁷³⁹,

⁷³⁶ STRATENWERTH, “Der agent provocateur”, cit., pág. 719, llega a esta conclusión al identificar el desvalor propio del partícipe en el favorecimiento de una conducta socialmente intolerable. Precisamente por ello, LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967, pág. 52 y PLATE, “Zur strafbarkeit des agent provocateur”, cit., pág. 300, consideran que la postura de STRATENWERTH, aunque él no lo reconozca explícitamente, supone fundamentar la participación en la protección de un bien jurídico supraindividual. En todo caso, este autor modificó expresamente su posición desde la primera edición de su manual. Vid. actualmente STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., pág. 256.

⁷³⁷ WEGNER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951, pág. 237.

⁷³⁸ RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la pena en la participación”, CPC, núm. 11, 1980, pág. 56.

⁷³⁹ TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, cit., pág. 13.

así como el libre desarrollo de su personalidad⁷⁴⁰. En tanto que la sociedad reacciona negativamente ante la comisión de un injusto, la consideración y estima del autor se verían menoscabadas aunque este no hubiera actuado de forma culpable y/o punible. En este sentido, la *desintegración social* que experimenta el autor de un hecho antijurídico no dependería de su eventual castigo y, por tanto, fundamentar el injusto del partícipe en ella resultaría, *a priori*, compatible con el principio de accesoriad limitada. Al fin y al cabo, cualquier contribución a un injusto supondría, de acuerdo con estas premisas, un ataque contra la integridad social del autor y el libre desarrollo de su personalidad.

De todos modos, aunque este último planteamiento es formalmente compatible con el principio de accesoriad limitada de la participación, tanto sus presupuestos como las consecuencias que conlleva resultan inaceptables. Así, en primer lugar, presumir que cualquier hecho antijurídico perjudica la integración social de su autor resulta, como mínimo, cuestionable. En este sentido, la desintegración social de quien realiza un injusto tenderá a derivar de su castigo y, en especial, de su eventual ingreso en prisión⁷⁴¹. La realización de un hecho antijurídico de forma no culpable y/o punible difícilmente afectará a la integración social de su autor. Fundamentar la participación en la premisa contraria no parece un buen punto de partida. Además, en segundo lugar, el desarrollo coherente de este planteamiento obligaría a supeditar la pena del partícipe a la mayor o menor desintegración que, previsiblemente, experimentará el autor. De este modo, la gravedad de una conducta típica de participación debería medirse en función de factores como la posición social del autor, sus antecedentes delictivos, el rechazo que genere su comportamiento, etc⁷⁴². Asimismo, favorecer un hecho principal en el que intervienen varios coautores supondría realizar múltiples injustos: tantos como coautores. Por ejemplo, quien induce a que cinco personas hurten una motocicleta llevaría a cabo cinco delitos. Al fin y al cabo, habría contribuido a la desintegración social de cinco personas. En tanto que estas consecuencias se estimen inasumibles, fundamentar la participación en la protección del autor también lo será.

⁷⁴⁰ LESS, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, cit., pág. 25.

⁷⁴¹ Vid. al respecto CID MOLINÉ, “¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena”, RDPC, núm. 19, 2007, págs. 429 y 450.

⁷⁴² ESSER, “Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem”, GA, 1958, pág. 322; RUDOLPHINI, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, cit., pág. 66; KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 163; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit., pág. 265; *recho Penal Parte General*, t. II, 1ª ed., 2003, trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 2015, pág. 211.

Finalmente, aunque alguna de las consecuencias señaladas podría evitarse fundamentando el injusto del partícipe en la protección de un *bien jurídico supraindividual* como la paz jurídica o la vigencia del Derecho, la difícil aprehensión de estos conceptos impide que puedan configurarse como objetos dignos de tutela penal⁷⁴³. Además, su eventual reconocimiento como tales obligaría a sancionar al autor en mayor medida que al partícipe, pues el ataque del primero al bien jurídico protegido por el tipo de la parte especial comportaría, a su vez, una lesión de la paz jurídica o la vigencia del Derecho asimilable a la que, desde esta perspectiva, fundamenta el castigo del segundo⁷⁴⁴. En este sentido, la equiparación punitiva entre autores y (algunos) partícipes representa un buen argumento para oponerse a un planteamiento de estas características. No obstante, desde mi punto de vista, lo más inaceptable de esta fundamentación es que debería comportar el castigo del (mal) llamado “partícipe necesario”⁷⁴⁵, así como el de cualquier sujeto que favoreciera la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de su propia titularidad. Al fin y al cabo, su contribución habría favorecido la infracción de una norma y, por ello, lesionaría la paz jurídica o la vigencia del Derecho. Dos ejemplos de ello:

1) Lolita, de quince años, intenta seducir a su padrastro para mantener relaciones sexuales con él. Tras varios intentos, finalmente lo consigue, haciendo que este realice un delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años; 2) María insulta gravemente a la expareja de su novio para lograr que esta le agreda y, así, desencadenar una pelea que, en última instancia, obligue a su novio a tomar partido por una de las dos. Al final, María recibe un puñetazo y, antes de que pueda reaccionar, un tercero las separa e impide que las cosas vayan a más. Tanto Lolita como María han incitado directamente a la ejecución de un hecho delictivo que, como tal, supone una infracción del ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el fundamento de la participación fuera la protección de la paz jurídica o la vigencia del Derecho, ambas deberían ser castigadas como inductoras de un delito contra su propia indemnidad sexual o integridad física. Así, Lolita debería responder penalmente —aunque fuera mediante la LO 5/2000, de 12-1, por ser menor de edad— como partícipe de un delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años, pues ha contribuido efectivamente a que su padrastro realice el tipo del art. 183.1 CP. Es más, siempre que se realizara el mentado tipo —que se caracteriza por no concurrir violencia o intimidación— el menor cuya

⁷⁴³ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pág. 209; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 97.

⁷⁴⁴ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit., pág. 268.

⁷⁴⁵ La denominación “partícipe necesario” resulta equívoca porque habitualmente se emplea para designar a un sujeto que no puede responder —ni como autor ni como partícipe— por su intervención en un hecho. Vid. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 149; CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 31.

indemnidad sexual ha sido lesionada debería responder, al menos, como cooperador necesario⁷⁴⁶. Del mismo modo, los insultos de María no solo constituirían un delito de injurias o calumnias —que, además, negaría la legitimidad de su eventual defensa (art. 20.4 tercero CP)— sino que también deberían sancionarse como una inducción al delito de lesiones que ella misma ha sufrido. De hecho, cualquier “*provocación suficiente*” (art. 20.4 tercero CP) comportaría, de forma adicional al castigo de la defensa, la responsabilidad del provocador como partícipe en la agresión ilegítima dirigida contra sus propios bienes. Desde mi punto de vista, ambas conclusiones resultan lo suficientemente inaceptables como para descartar que el injusto del partícipe se fundamente en la protección de otro bien jurídico —supraindividual o no— distinto al que lesiona o pone en peligro el autor.

1.1.2. Las teorías del favorecimiento

En la actualidad se acepta de forma unánime que el bien jurídico cuya protección fundamenta el injusto del partícipe es el mismo que ataca el autor. Es decir, aquel tutelado por los tipos de la parte especial. Aquí se empleará la denominación genérica de “teorías del favorecimiento” para aludir a todas aquellas fundamentaciones de la participación que, de una forma u otra, asumen esta premisa⁷⁴⁷. Aunque dentro de esta categoría se incluyen planteamientos muy diversos, todos ellos coinciden en este punto: *al partícipe y al autor se les castiga para proteger el mismo bien jurídico*. Las discrepancias se producen a la hora de determinar qué papel juega el injusto del autor en la fundamentación de la participación⁷⁴⁸. Por un lado, algunas teorías consideran que dicho injusto solamente *limita* el castigo de la participación, pero no fundamenta en modo alguno el injusto del partícipe. Desde esta perspectiva, el ataque que realizan inductores y cooperadores (necesarios o no) al bien jurídico protegido tendría carácter *autónomo* o *directo*⁷⁴⁹. Por

⁷⁴⁶ La responsabilidad penal del menor de dieciséis años (pero mayor de catorce) solo quedaría excluida en las agresiones sexuales pues, tal y como indica CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 42, en estos casos “*la contribución de la víctima queda anulada por el empleo de la violencia o intimidación*”.

⁷⁴⁷ Sobre las confusiones de carácter terminológico que generan algunas de estas teorías vid. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pág. 121.

⁷⁴⁸ En este sentido, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, cit., pág. 48, distingue entre “*por una parte quienes niegan relevancia fundamentadora al hecho principal y se la otorgan toda a lo realizado por el partícipe y a su relación —directa— con el objeto jurídico de protección; y por otra quienes tratan de encontrar el fundamento de la punición al partícipe en la significación de su aportación en relación con el autor del delito*”.

⁷⁴⁹ Entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal Español*, Cymys, Barcelona, 1974, pág. 68; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1975, pág. 533; SAX, “Zur Problematik der «Teilnahmerdelikts»“, *ZStW*, núm. 90, 1978, pág. 933; M-K. MEYER, “Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, *GA*, 1979, pág. 258; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, AD-HOC, Buenos Aires, 1997, pág. 76; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pág. 131. En sentido similar, LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, cit., pág. 161, aunque negando que el injusto del autor limite el castigo del partícipe y, por tanto, rechazando la vigencia del principio de accesoriedad.

otro lado, determinados planteamientos estiman que el injusto del autor *cofundamenta* la participación. Desde este punto de vista, el ataque del partícipe al bien jurídico protegido se realizaría *a través* del injusto del autor y, por tanto, tendría naturaleza *mediata* o *accesoria*⁷⁵⁰. En todo caso, las diferencias entre ambas teorías, así como sus respectivas objeciones, han sido sobradamente analizadas por la doctrina⁷⁵¹ y, en lo que aquí interesa, resultan irrelevantes para delimitar la responsabilidad del agente provocador⁷⁵². Al fin y al cabo, los dos planteamientos fundamentan la participación en la protección del mismo bien jurídico atacado por el autor y, por ello, excluyen de su contenido aquellas contribuciones inocuas para el mismo⁷⁵³. Teniendo en cuenta los propósitos de este

⁷⁵⁰ C. ROXIN, “Zum Strafgrund der Teilnahme“, en *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Müller, Heidelberg, 1993, pág. 380; EL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 207. También, RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la participación”, cit., pág. 65; EL MISMO, *El agente provocador en el Derecho penal*, cit., pág. 202; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 161; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 161; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit.; pág. 309; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, Comares, Granada, 2001, pág. 15; CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 123; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, págs. 376; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 51; SCHÜNEMANN, “§ 26“, cit., pág. 1970; WELZ, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe*, Lang, Frankfurt am Main, 2010, pág. 33.

⁷⁵¹ Vid. por todos SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., págs. 350 y ss.

⁷⁵² La discusión acerca del papel limitador o (co)fundamentador del injusto del autor en la participación guarda evidentes similitudes con el debate sobre cuál es el rol que juega el resultado en la antijuridicidad. Precisamente por ello, aquellos autores que tiendan a fundamentar la antijuridicidad exclusivamente en el desvalor de acción —y, por tanto, excluyan el resultado de esta categoría— serán más proclives a concebir el injusto principal como un mero límite al castigo de la participación. En este sentido, no es casual que muchos de los autores que otorgan este rol al hecho principal sean finalistas. En cambio, aquella parte de la doctrina que incluye el desvalor de resultado en la antijuridicidad tendrá menos reparos a la hora de admitir que el injusto del autor *cofundamenta* la participación. Aunque no puedo detenerme en esta cuestión, creo que una concepción de la antijuridicidad basada en las valoraciones negativas que presuponen las normas primarias —como la que defiende actualmente MIR PUIG— no tendría demasiados problemas para integrar el injusto del autor en la fundamentación de la participación. Al fin y al cabo, la valoración negativa que se desprende de la prohibición dirigida al partícipe —al contrario de lo que ocurre con la propia prohibición— sí que abarca la realización del hecho principal y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de ella. Sobre esta concepción de la antijuridicidad vid. MIR PUIG, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, ADPCP, núm. 47, 1994, pág. 26; EL MISMO, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, RECPC, núm. 6, 2004, pág. 18.

⁷⁵³ Conviene advertir que, al clasificar las distintas teorías del favorecimiento, se suelen identificar algunas de ellas que, según sus detractores, fundamentarían la participación única y exclusivamente en el injusto del autor. De este modo, el injusto del partícipe derivaría completamente del hecho principal y, por tanto, toda contribución al mismo —incluso aquellas que no favorecen de modo alguno la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido— debería entenderse típica. Vid. por todos RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la pena en la participación”, cit., pág. 52. No obstante, los autores que suelen ser adscritos a dichas teorías no defienden esto último. Según FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 545, nota 51, ello se debe a que sus críticos “*toman al pie de la letra algunas formulaciones propicias a malentendidos (...) y, por ello, interpretan esta teoría de manera distinta a lo que realmente dice (...) La jurisprudencia del RG, considerada en general como el origen de esta teoría, infirió la necesidad de un dolo de partícipe dirigido a la consumación del hecho, a partir de que el partícipe colabora en una de las «acciones peligrosas en común», conminadas con pena en la Parte especial (...) Con acción peligrosa en común no se quería decir otra cosa que lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, de modo que esta jurisprudencia se corresponde ya totalmente con la teoría del ataque accesorio al bien jurídico*”. De

trabajo, resulta innecesario tomar partido por una u otra postura. En este sentido, basta con asumir la premisa que comparten todas las teorías del favorecimiento: al participe se le castiga por atacar (directa o indirectamente) el bien jurídico tutelado por los tipos de la parte especial⁷⁵⁴.

1.2. El contenido de la participación

Fundamentar la participación en la protección del bien jurídico atacado por el autor —en adelante, simplemente, el bien jurídico— obliga a exigir que las conductas típicas de inducción, cooperación necesaria y complicidad, además de favorecer efectivamente la ejecución de un delito, contribuyan a lesionar o poner en peligro dicho objeto de protección. Esta exigencia se plasma en distintos elementos típicos que, pese a no estar previstos en los arts. 28 y 29 CP, restringen el *contenido* de la participación en cuatro modalidades delictivas cuya ejecución puede ser favorecida sin poner en riesgo el bien jurídico protegido: tentativas, delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones que atenten contra bienes jurídicos propios. A continuación se procederá al análisis individualizado de cada una de ellas para, en última instancia, delimitar las actuaciones propias de un agente provocador que deben estimarse atípicas por “*no contribuir real y efectivamente al ataque material del bien jurídico a través del hecho que realiza el autor*”⁷⁵⁵.

1.2.1. Tentativas

Tradicionalmente se ha identificado en el dolo de consumación la principal exigencia derivada del fundamento de la participación⁷⁵⁶. Tal y como indica C. ROXIN, el dolo del participe “*ha de abarcar la consumación del hecho por el autor, pues de lo contrario falta el ataque al bien jurídico que caracteriza a cualquier participación*”⁷⁵⁷. El favorecimiento de una tentativa sin dolo de consumación no supone una contribución a

todos modos, resulta evidente que una teoría que fundamentara la participación exclusivamente en un hecho ajeno sería rechazable por contravenir el principio de autorresponsabilidad. Vid. en este sentido PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 336.

⁷⁵⁴ En lo que aquí interesa, los planteamientos que niegan los presupuestos del concepto restrictivo de autor —y, por tanto, la existencia de tipos de participación— llegan a las mismas conclusiones que las teorías del favorecimiento. Al fin y al cabo, dichos planteamientos consideran que el bien jurídico cuya protección fundamenta la participación es el mismo que hace lo propio con la autoría —pues el injusto de autores y partícipes sería idéntico— y, por tanto, también deben excluir la tipicidad de aquellas contribuciones inocuas para el mismo. Vid. por ejemplo MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, cit., pág. 211, nota 689.

⁷⁵⁵ RUIZ ANTÓN, “Del agente provocador y del delito provocado”, cit., pág. 386.

⁷⁵⁶ Vid. por todos MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 421.

⁷⁵⁷ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 260.

la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y, por tanto, debe estimarse atípico. Precisamente por ello, el agente provocador deberá permanecer impune por todas aquellas contribuciones a una tentativa que no vayan encaminadas a su consumación⁷⁵⁸.

Teniendo en cuenta que la tentativa realizada por el sujeto provocado debe ser peligrosa desde su propia perspectiva *ex ante* —pues de lo contrario no cometería delito alguno— el favorecimiento de su ejecución solamente resultará atípico cuando el agente provocador disponga de información adicional que torne irrelevante el riesgo de consumación desde su punto de vista *ex ante*. Es decir, cuando la tentativa sea peligrosa para el sujeto provocado porque desconoce algo que el agente provocador sí tiene en cuenta. Los casos más evidentes son aquellos en que el agente provocador engaña al

⁷⁵⁸ RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la participación”, cit., pág. 61, comparte esto último, pero considera que la atipicidad de dichas contribuciones debe derivarse directamente del fundamento de la participación. Según este autor “*antes de entrar en el examen de si la conducta del agente provocador es o no portadora de un momento volitivo —voluntad de consumación—, que la sistemática del Derecho penal sitúa en el dolo, es preciso comprobar si la propia conducta provocadora fundamenta la imposición de una pena tomando como base la teoría de la participación; bajo este punto de vista se hace preciso analizar (...) si su intervención supone, tanto objetiva como subjetivamente, una real y efectiva contribución a la realización del injusto o, por el contrario, si su colaboración es sólo aparente. Si la actuación del agente provocador nada más que de forma simulada significa un ataque al bien jurídico, no hay motivo desde el punto de vista del fundamento material de la pena en la participación (...) para castigar su conducta*”. No obstante, desde mi punto de vista, RUIZ ANTÓN mezcla dos planos en su razonamiento: la *interpretación* de la Ley y la *subsunción* de un comportamiento en ella. El fundamento de la participación —por qué debe castigarse al partícipe— determina la *interpretación* de su contenido —cuándo debe castigarse al partícipe—, pero no excluye directamente la tipicidad de un comportamiento. Precisamente, dicho fundamento —la protección del bien jurídico— es la razón por la cual se restringe el contenido de la participación mediante la exigencia de dolo de consumación. Al fin y al cabo, las contribuciones a una tentativa sin dolo de consumación no representan un ataque real y efectivo al bien jurídico protegido. Cuando RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 268, afirma que “*si se demuestra que el agente provocador no contribuye real y efectivamente al ataque del bien jurídico, para nada interesa entrar a analizar si se da o no el dolo requerido*”, parece no tener en cuenta que el “el dolo requerido” tiene la función de excluir del contenido de la participación las actuaciones que no “contribuyen real y efectivamente al ataque del bien jurídico”. Por ello, no advierte que el motivo que impide *subsumir* una actuación de estas características en el correspondiente tipo de participación es la exigencia de dolo de consumación (en vez del hecho de que esta clase de actuaciones no supongan un ataque real y efectivo al bien jurídico). Vid. al respecto MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 151; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., págs. 170 y ss. En todo caso, la crítica dirigida al planteamiento de RUIZ ANTÓN resulta extensible a la postura de OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, cit., pág. 727, que, en esencia, emplea sus mismos argumentos para negar la tipicidad objetiva de la participación: “*antes de valorar el contenido de injusto de un comportamiento, se hace necesario responder a la pregunta del «por qué» se tipifica una determinada conducta. Al inductor se le castiga por su colaboración a la lesión del bien jurídico producida por el autor (...) pero si esa no resulta ser la finalidad pretendida por el agente no llega ni siquiera a realizarse el desvalor objetivo que la Ley penal exige*”. De todos modos, aunque el fundamento de la participación imponga alguna restricción en el nivel de la tipicidad objetiva, la ausencia de dolo de consumación negaría previamente la relevancia jurídico-penal de aquellas contribuciones a una tentativa que no van encaminadas a su perfección. Al igual que el análisis de idoneidad, inidoneidad o irrealidad de una tentativa viene precedido por la constatación de que el autor obraba con dolo de consumación —pues de lo contrario no existiría ningún tipo de referencia— el examen del tipo objetivo de la participación en una tentativa también debe llevarse a cabo con posterioridad a comprobar que concurre dolo de consumación.

sujeto provocado sobre la (in)idoneidad del medio comisivo empleado o la (in)existencia del objeto material del delito. Así, por ejemplo:

1) *El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de envenenar la comida de un tercero con una sustancia que él mismo le proporciona y que identifica como cicuta. No obstante, aunque dicha sustancia tiene la misma apariencia externa que la cicuta, el agente provocador sabe perfectamente que se trata de una imitación completamente inocua para la salud. Finalmente, el sujeto provocado acepta el trato y, creyendo que de esta manera acabará con la vida del tercero, introduce la sustancia en cuestión la comida de este último;* 2) *El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de disparar con un arma sobre una persona aparentemente dormida. Sin embargo, dicha persona es, en realidad, un maniquí perfectamente realista que el agente provocador ha colocado en una cama. Desconociendo esto último, el sujeto provocado acepta el trato y efectúa varios disparos sobre el mismo.* Debido al engaño del agente provocador, en ambos supuestos la tentativa realizada por el sujeto provocado resulta intersubjetivamente peligrosa desde su perspectiva *ex ante*. En este sentido, cualquier persona media en su posición hubiera estimado que los medios empleados —una sustancia presentada como cicuta con su misma apariencia externa— o el objeto sobre el que recae su acción —un cuerpo con las características propias de una persona— eran aptos para la consumación de un delito de asesinato. No obstante, el agente provocador disponía de información adicional —la inocuidad de los medios y la inexistencia del objeto material— que torna irrelevante el riesgo de consumación desde su propia perspectiva *ex ante*. En consecuencia, resulta evidente que el favorecimiento de la tentativa no iba encaminado a su consumación y, por tanto, debe estimarse atípico.

En cambio, resultan mucho más problemáticos los supuestos en que el agente provocador favorece la ejecución de una tentativa con la *intención* de impedir posteriormente su consumación. Aunque en estos casos el sujeto provocado también desconoce un dato que el agente provocador sí tiene en cuenta —la intención de intervenir posteriormente para evitar la consumación— su valoración a efectos de determinar la peligrosidad de la tentativa desde su perspectiva *ex ante* plantea mayores dificultades. En todo caso, conviene subrayar que la mera intención (o voluntad) de evitar el resultado no comporta automáticamente la atipicidad de su actuación⁷⁵⁹. Por mucho que el agente provocador no quiera (o desee) que el delito se perfeccione, su favorecimiento resultará típico si, teniendo en cuenta su plan y sus habilidades, no puede descartarse que finalmente el sujeto provocado logre la consumación. Esto es, si el agente provocador actúa con dolo

⁷⁵⁹ GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, cit., pág. 56.

eventual de consumación⁷⁶⁰. En este sentido, lo que determinará la tipicidad o atipicidad de su actuación no será la intención de impedir el resultado, sino la probabilidad percibida por el agente provocador de que, a pesar de ella, el delito se consume. En palabras de MIRÓ LLINARES, “*la cuestión no estriba en lo que quería o no quería el agente provocador, sino en si su esperanza de que se no se lograra el delito era o no racional*”⁷⁶¹. De este modo, la actuación del agente provocador deberá estimarse atípica cuando su intención de evitar la consumación sea realista y se plasme en un plan que torne irrelevante el riesgo de consumación. En cambio, resultará típica cuando, a pesar de dicha intención, el agente provocador no pueda descartar que la tentativa se consume. Un ejemplo de lo primero y lo segundo:

1) El agente provocador facilita al sujeto provocado las llaves para acceder al depósito municipal y, de esta forma, apoderarse de un vehículo decomisado que se encuentra en su interior. No obstante, el agente provocador tiene la intención de evitar la consumación del delito patrimonial apretando un botón que cierra automáticamente las puertas del depósito e impide cualquier vía de escape hasta el momento que llegue la policía; 2) El agente provocador incita al sujeto provocado a apoderarse de una cartera ajena cuyo dueño se encuentra distraído. Aunque el agente provocador tiene la intención de detener al sujeto provocado cuando este último se ponga a correr con la cartera —evitando de este modo la consumación del hurto— es perfectamente consciente del alto riesgo que implica su plan, pues sus condiciones físicas no son las mejores y carece de experiencia en esta clase de operaciones. Aunque en ambos casos el agente provocador tiene la intención de impedir la consumación del delito favorecido, su actuación solamente resultará atípica en el primero. Al fin y al cabo, su voluntad de apretar el botón que cierra automáticamente las puertas del depósito torna irrelevante el riesgo de que se consume la infracción promovida mediante la entrega de las llaves⁷⁶². En cambio, la intención de detener al sujeto provocado mientras huye con la cartera no permite descartar racionalmente que el delito incitado acabe perfeccionándose y, por tanto, su actuación deberá estimarse típicamente relevante.

De todos modos, cuando la intención del agente provocador no permita excluir la tipicidad de su actuación —debido a la imposibilidad de descartar la consumación del delito favorecido— la efectiva evitación del resultado podrá negar su punición en virtud

⁷⁶⁰ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 133.

⁷⁶¹ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, cit., pág. 211, nota 689.

⁷⁶² MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 138, considera que, en esta clase de supuestos, si el agente provocador cambia posteriormente de opinión y permite que el delito se consume —por ejemplo, no apretando el botón que cierra automáticamente la puerta— deberá responder como garante (por injerencia o asunción) en comisión por omisión. Similar, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?: un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013, pág. 143.

del régimen de desistimiento propio de la tentativa (art. 16.3 CP). Al fin y al cabo, si dicho régimen exime de pena a quienes han actuado inicialmente con el propósito de lograr el resultado “*con más motivo debe alcanzarse la impunidad al interviniente que ni siquiera en un momento previo o coetáneo a su actuación ha querido la consumación*”⁷⁶³. Ahora bien, conviene resaltar que, en esta clase de supuestos, la impunidad del agente provocador dependerá “*del propio éxito de su intervención respecto a la contención o no del resultado*”⁷⁶⁴. En este sentido, el fracaso del agente provocador a la hora de llevar a cabo el desistimiento comportará irremediablemente su castigo. Aunque el Código penal exime de pena a aquellos que, pese a no evitar el resultado, “*intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación*” (art. 16.3 CP), dicha seriedad, firmeza y decisión nunca podrá predicarse de una actuación que, estando prevista desde un principio, no ha permitido descartar que la tentativa favorecida pueda consumarse. En otras palabras, si la intención de evitar el resultado no ha sido lo suficientemente verosímil para negar que el agente provocador actúe con dolo (eventual) de consumación en el momento de favorecer la tentativa, tampoco lo será a efectos de considerar posteriormente su desistimiento fracasado como serio, firme y decidido. A fin de cuentas, el denominado “desistimiento idóneo fracasado” requiere la realización de “*actuaciones que objetivamente ex ante deberán ser idóneas y suficientes para que el resultado no aconteciese*”⁷⁶⁵. El desistimiento del agente provocador nunca reunirá dichas características si, en el momento de favorecer la ejecución delictiva, la intención de llevarlo a cabo no permitía descartar la consumación. Precisamente por ello, la impunidad del agente provocador en estos supuestos quedará condicionada a la eficacia de su desistimiento. Cuando este fracase, su favorecimiento típicamente relevante deberá ser castigado. Así, por ejemplo:

El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador sabe que el arma está cargada, pero espera impedir que el disparo se efectúe abalanzándose sobre el sujeto provocado en el último momento. De todos modos, es consciente del alto riesgo que implica su plan y, aunque no quiere que el tercero muera, asume dicha posibilidad en pos de obtener el castigo del sujeto provocado. Finalmente, el agente provocador: a) no logra evitar el disparo y el tercero muere; b) logra evitar el disparo embistiendo al sujeto provocado un instante antes de que fuera a apretar el gatillo;

⁷⁶³ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 467. De todos modos, esta autora también fundamenta en el desistimiento la impunidad del agente provocador que, desde un principio, obra sin dolo de consumación. En mi opinión, esto último no puede ser compartido, pues el desistimiento presupone necesariamente la realización de una conducta típica. En este sentido, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 272; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 103; NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, cit., pág. 181.

⁷⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 468.

⁷⁶⁵ ÁLVAREZ VIZCAYA, “El desistimiento idóneo fracasado”, ADPCP, núm. 49, 1996, pág. 892.

c) no logra evitar el disparo, pero el tercero no muere porque de forma imprevisible el sujeto provocado yerra el tiro. Con independencia del desenlace de este supuesto, el favorecimiento previo del agente provocador debe estimarse, en todo caso, típicamente relevante. Al fin y al cabo, su intención de evitar la muerte del tercero —abalanzándose sobre el sujeto provocado en el último momento— no permite descartar racionalmente que el homicidio incitado se consume. En consecuencia, la relación subjetiva del agente provocador con dicha muerte será, como mínimo, la propia del dolo eventual. Precisamente por ello, si el agente provocador finalmente no logra evitar el disparo y el tercero muere (a) deberá responder como inductor de un homicidio consumado, pues su actuación dirigida a impedirlo no reunirá los requisitos de seriedad, firmeza y decisión que exige el art. 16.3 CP. En cambio, si consigue evitar el disparo embistiendo al sujeto provocado un instante antes de apretar el gatillo (b) la eficacia del desistimiento garantizará su impunidad. Por último, si el agente provocador no logra evitar el disparo pero, de forma imprevisible, el tiro no da en el blanco (c) deberá responder como inductor de una tentativa de homicidio. A fin de cuentas, la consumación no habrá sido impedida por la actuación del agente provocador y, por tanto, su desistimiento no podrá estimarse eficaz.

Finalmente, conviene señalar que el favorecimiento de un delito *sin dolo de consumación* también podrá resultar atípico aunque, en última instancia, dicha infracción se perfeccione. Esto ocurrirá cuando la consumación del delito favorecido: a) fuera completamente imprevisible; b) fuera potencialmente previsible, pero el tipo correspondiente no admita la comisión imprudente. En el primer caso la actuación del agente provocador será atípica debido a la imposibilidad de imputarle objetivamente el resultado. En el segundo dicha atipicidad derivará de la ausencia de una previsión expresa que tipifique su imprudencia⁷⁶⁶. Un ejemplo de ambas posibilidades:

1) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma, sabiendo perfectamente que esta se encuentra descargada. Desconociendo este extremo, el sujeto provocado intenta disparar con dicha arma de forma infructuosa. No obstante, tras el disparo fallido, al percatarse de que la pistola no tiene munición, saca de forma completamente imprevisible una bala que tenía guardada por casualidad en su bolsillo y, antes de que el agente provocador pueda reaccionar, la introduce en el cargador y efectúa el disparo letal;* 2) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un vehículo vacío con un arma, creyendo que está descargada pero sin haber*

⁷⁶⁶ Cuando el delito consumado en cuestión admite la comisión imprudente, la doctrina suele defender la responsabilidad del agente provocador como autor (accesorio) por imprudencia. En este sentido, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 285; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 128; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 69; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 470; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, cit., pág. 86; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 422.

detectado, a causa de un descuido, que quedaba una bala en la recámara. El sujeto provocado dispara con dicha arma y causa unos daños en el vehículo claramente inferiores a 80.000€. Aunque en ambos casos el sujeto provocado ha realizado un delito consumado, su favorecimiento por parte del agente provocador deberá estimarse atípico. En el primer supuesto, la consumación del homicidio resultaba (intersubjetivamente) imprevisible desde su posición y, por tanto, no puede ser objetivamente imputada a su incitación. En el segundo supuesto, en cambio, la consumación del delito era potencialmente previsible —con el cuidado debido— pero la ausencia de una precepto que tipifique los daños imprudentes (inferiores a 80.000€) impide sancionar la contribución a los mismos prestada por el agente provocador.

1.2.2. Delitos con elementos subjetivos del injusto

El fundamento de la participación también obliga a restringir su contenido en aquellos delitos con elementos subjetivos del injusto que “*señalan la dirección de la voluntad hacía la lesión del bien jurídico*”⁷⁶⁷. Es decir, en los delitos “*mutilados de dos actos*” y “*de resultado cortado*”⁷⁶⁸. Esta clase de infracciones se caracterizan por adelantar las barreras de protección anticipando la consumación y, por consiguiente, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se identifica en dicho momento, sino en la realización del acto (mutilados de dos actos) o resultado (resultado cortado) cuya persecución exige el tipo⁷⁶⁹. Precisamente por ello, quien participa en estos delitos “*tiene que exhibir, además del dolo, también la intención dirigida a la lesión del bien jurídico*”⁷⁷⁰. Esto es, debe obrar con la voluntad de que se realice el acto o resultado (posterior a la consumación) en que se plasma la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido⁷⁷¹. Al fin y al cabo, si la participación se fundamenta en la protección de dicho bien jurídico, carece de sentido sancionar a aquellos sujetos que, pese a favorecer la ejecución de un delito (consumado) de estas características, no tienen la relación subjetiva que exige el tipo con su lesión o

⁷⁶⁷ GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención”, RDPC, núm. 6, 2000, pág. 104.

⁷⁶⁸ Tal y como indica MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 235, los delitos “*mutilados de dos actos*” y “*de resultado cortado*” se distinguen según si “*la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un resultado independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente*”.

⁷⁶⁹ GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, cit., pág. 105.

⁷⁷⁰ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 622.

⁷⁷¹ C. ROXIN, “Zum Strafgrund der Teilnahme”, cit., pág. 374; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 211; JAKOBS, *Derecho penal Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1991, trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 827; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 97.

puesta en peligro⁷⁷². En consecuencia, la contribución a la consumación de un delito “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado” solamente resultará típica cuando se dirija a lograr el acto o resultado correspondiente⁷⁷³. En definitiva, cuando vaya acompañada de los elementos subjetivos requeridos por el tipo. En caso contrario, el favorecimiento de su ejecución no representará un ataque al bien jurídico protegido y, por tanto, deberá estimarse atípico⁷⁷⁴. De esta forma, el agente provocador carecerá de responsabilidad si, debido a sus conocimientos adicionales, puede descartar racionalmente —teniendo en cuenta los mismos parámetros empleados anteriormente para excluir el dolo de consumación⁷⁷⁵— que vaya a producirse el acto o resultado perseguido por el autor al consumir esta clase de infracciones⁷⁷⁶. Así, por ejemplo:

⁷⁷² RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 290. No obstante, una vez más, este autor trata de derivar directamente la atipicidad de estas actuaciones del fundamento de la participación, sosteniendo que el análisis del tipo subjetivo “*también aquí pasa a un segundo plano al preguntarnos por la responsabilidad del agente provocador que obra como aparente inductor y solamente permite que el hecho alcance la consumación formal. De nuevo, la atención se debe centrar en el fundamento material de la pena en la participación (...) Bajo esta perspectiva, difícilmente se puede sustanciar el contenido del injusto correspondiente a la inducción en quien tras haber determinado a otro a realizar una infracción criminal no contribuye sino a la consumación formal de la misma*”. La misma crítica que se ha realizado anteriormente a esta clase de razonamientos (vid. *supra* nota 758) resulta aplicable aquí: el fundamento de la participación es la razón por la cual se restringe su contenido en esta clase de delitos exigiendo la concurrencia de los elementos subjetivos del injusto, pero no permite excluir directamente la subsunción de un comportamiento en el tipo.

⁷⁷³ Obviamente, esto no significa que el partícipe deba actuar con el propósito de realizar él mismo dicho acto o resultado, sino simplemente que “*ha de saber y querer él mismo que el autor pueda realizar la intención requerida por el tipo*” (C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 266).

⁷⁷⁴ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 209

⁷⁷⁵ Vid. *supra* el apartado 1.2.1.

⁷⁷⁶ En ocasiones la doctrina ha tratado de llegar a esta misma conclusión exigiendo que el partícipe obre con dolo de “terminación” o “agotamiento”. Vid. FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern“, cit., pág. 2016; KÖRNER, “Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen“, cit., pág. 383; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 63. También la jurisprudencia española ha afirmado que el “*dolo requerido por la inducción (...) exige que el inductor haya obrado con un doble dolo, es decir, haya querido no sólo el comienzo de ejecución, sino realmente el agotamiento del delito. Consecuentemente no habrá inducción cuando el provocador no persigue la consumación o el agotamiento del delito*” (STS 1361/1994, de 2-7). No obstante, la categoría de la “terminación” o el “agotamiento” resulta inadecuada para estos propósitos, pues hace referencia a un momento temporal que no es exclusivo de los delitos “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado”. En este sentido, SOMMER, “Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur“, cit., pág. 4; BITZILEKIS, “Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat“, ZStW, núm. 99, 1987, pág. 743; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 212; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 157. Tal y como indica BORJA JIMÉNEZ, “La terminación del delito”, ADPCP, núm. 48, 1995, pág. 181, la “*doctrina de la terminación también se aplica a aquellos hechos penales en los que el momento de la consumación representa ya una lesión del bien jurídico protegido y la terminación tan sólo refleja el punto en que dicha lesión concluye tras haber alcanzado su máxima gravedad. Si el agente provocador incita a una persona para que secuestre a un determinado sujeto, cosa que ocurre, y tiene en mente liberarla al segundo día de encierro, su conducta es punible ya desde el primer momento en el que se produce la privación de libertad, es decir, desde que ha tenido lugar la consumación*”

1) El agente provocador incita al sujeto provocado a falsificar un documento privado emitido por una academia de inglés que le permita presentarse a una oferta de trabajo que lo requiere. No obstante, el agente provocador ha avisado previamente al empleador de que el sujeto provocado, además de no saber nada de inglés, presentará un documento falso para tratar de conseguir el puesto. Finalmente, el sujeto provocado realiza la falsedad y, tal como había previsto el agente provocador, el empleador rechaza su candidatura; 2) El agente provocador ofrece una cuantiosa suma de dinero a un funcionario a cambio de amañar un concurso público y, de este modo, adjudicar una concesión a la empresa que reúne las peores condiciones para prestar el servicio correspondiente. Sin embargo, el agente provocador es, en realidad, un policía que actúa de incógnito con la intención de detener al funcionario en el mismo momento que acepte el soborno. Al final, el funcionario acepta su oferta y, acto seguido, es arrestado y apartado de sus funciones. Aunque en ambos supuestos el agente provocador ha favorecido la comisión de un delito con dolo de consumación, su actuación deberá estimarse atípica por carecer de los elementos subjetivos requeridos por el tipo. Así, en el primer caso, el delito de resultado cortado incitado exige que la falsedad en documento privado se lleve a cabo “para perjudicar a otro” (art. 395 CP) y, por mucho que el sujeto provocado obrara con dicha intención, el agente provocador sabía perfectamente que esta era irrealizable, pues había avisado previamente a la persona que podía verse perjudicada por ella. En consecuencia, el sujeto provocado habría realizado un delito consumado de falsedades —dado que este se perfecciona en el momento de realizar la falsedad con intención de perjudicar a otro— y, a pesar de ello, su favoreciendo por parte del agente provocador resultaría atípico porque, debido a sus conocimientos adicionales, podía descartar racionalmente cualquier perjuicio ajeno y, por tanto, no actuaba “para perjudicar a otro” (art. 395 CP). Del mismo modo, aunque en el segundo supuesto el sujeto provocado ha consumado un delito de cohecho pasivo al aceptar una dádiva “para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo” (art. 419 CP), su ofrecimiento por parte del agente provocador también deberá estimarse atípico. Por un lado, su actuación no constituye un delito de cohecho activo, pues el ofrecimiento dirigido al funcionario no se ha efectuado “para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo” (art. 424 CP) sino, directamente, para lograr su detención mucho antes de que pudiera amañar el concurso público mediante la prevaricación correspondiente. Por el otro, en virtud de las mismas razones, su ofrecimiento tampoco conforma una inducción al cohecho pasivo. En tanto que el agente provocador podía descartar racionalmente que el sujeto provocado amañara el concurso —teniendo en cuenta su plan de arrestarlo de forma

formal del delito, y no desde la terminación”. Requerir que el partícipe actúe con dolo de “terminación” o “agotamiento” comportaría la inaceptable consecuencia de que, si en este último caso el sujeto provocado planeaba alargar el secuestro, la conducta del agente provocador resultara atípica.

inmediata— la incitación a que acepte la dádiva no perseguía que este realizara “*en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo*” (art. 419 CP) y, por tanto, al no ir acompañada del elemento subjetivo requerido por el delito (mutilado de dos actos), no puede constituir una conducta típica de participación.

En cambio, el fundamento de la participación no impone ninguna restricción a su contenido en los delitos con elementos subjetivos del injusto que meramente “*concretan la forma de lesión de típica*”⁷⁷⁷. Es decir, en aquellos delitos cuyo tipo subjetivo exige, de forma adicional al dolo, un elemento que no se identifica con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino con la concreta forma de ataque al mismo que pretende prohibirse⁷⁷⁸. Tal y como indica GIL GIL, en esta clase de infracciones “*la lesión del bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo, pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino únicamente aquella forma de lesión que el elemento subjetivo viene a definir*”⁷⁷⁹. Habida cuenta de que en estos delitos no se adelantan las barreras de protección, cualquier contribución a su consumación representará un ataque al bien jurídico y, por tanto, deberá estimarse típica⁷⁸⁰. Al fin y al cabo, si la lesión del bien jurídico se produce en el momento de la consumación, favorecer lo segundo necesariamente supondrá contribuir a lo primero. Por ello, la participación en esta clase de infracciones únicamente requerirá que el autor actúe con el respectivo elemento subjetivo —pues de lo contrario no habría hecho principal— y que el partícipe lo sepa —pues de lo contrario existiría un error—⁷⁸¹. Así pues, todas las actuaciones del agente provocador que favorezcan efectivamente su consumación serán típicas⁷⁸². A estos efectos, sus eventuales conocimientos adicionales respecto al sujeto provocado resultarán irrelevantes. De este modo, aunque el agente provocador no actúe con *ánimo de lucro* e, incluso, se proponga recuperar el objeto sustraído, su contribución a que el sujeto provocado realice un hurto consumado —y, por tanto, tenga disponibilidad sobre la cosa ajena— siempre resultará típica⁷⁸³. A fin de cuentas, la consumación de este delito

⁷⁷⁷ GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, cit., pág. 104.

⁷⁷⁸ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 267, alude a ellos mediante la denominación de “*tipos con intenciones no referidas al bien jurídico*”.

⁷⁷⁹ GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, cit., pág. 111.

⁷⁸⁰ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 231.

⁷⁸¹ NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 99; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 622; NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, cit., pág. 187; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 267.

⁷⁸² NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 103.

⁷⁸³ Tal y como indica, GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, cit., pág. 111, el ánimo de lucro no es un elemento subjetivo propio de los delitos “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado”, pues su exigencia no adelanta las barreras de protección, sino que “*viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico patrimonio que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos dejando por el contrario impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien, como por ej. el llamado*

presupone que “*hipotéticamente el sujeto activo pudo haber dispuesto de la cosa*”⁷⁸⁴ y, por ello, su favorecimiento implica necesariamente contribuir a la afectación del bien jurídico protegido⁷⁸⁵. Obviamente, las cosas serían distintas si el agente provocador excluyera de antemano la posibilidad de que el sujeto provocado dispusiera de la cosa ajena pero, en ese caso, el hurto no estaría consumado —aunque el autor llegara a pensar lo contrario⁷⁸⁶— y, en consecuencia, el favorecimiento de su ejecución resultaría atípico por faltar el dolo de consumación (y no el ánimo de lucro). Lo mismo podría decirse, *mutatis mutandis*, respecto al resto de infracciones cuyo tipo subjetivo exige ánimo de lucro (robos, extorsiones, estafas⁷⁸⁷) o cualquier otro elemento tradicionalmente empleado para caracterizar los “delitos de tendencia interna intensificada” (ánimo lúbrico, *animus iniuriandi*, etc.)⁷⁸⁸.

«hurto de uso». La conducta descrita en el tipo objetivo —por ej. tomar una cosa ajena— supone sin más una perturbación del bien jurídico, pero el elemento subjetivo viene a reducir el ámbito de dicha conducta más amplia a aquella otra más concreta dentro de la primera que se considera realmente digna de castigo por perturbar el bien jurídico de una manera más grave —tomar una cosa ajena con ánimo de lucro—”.

⁷⁸⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 450.

⁷⁸⁵ Una parte de la doctrina alemana sostiene lo contrario y, en consecuencia, admite la atipicidad de determinadas contribuciones a la consumación de un hurto. En particular, cuando el agente provocador obra sin ánimo de “desposesión duradera”. Vid. en este sentido, HERZBERG, “Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB)“, JuS, núm. 10, 1983, pág. 745; JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 827; DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, cit., pág. 303; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 266. En cambio, se oponen a ello MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 230; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 88. De todo modos, esta discusión solamente tiene sentido si la consumación del hurto se identifica en un momento previo a que el autor pueda disponer de la cosa pues, tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 63, nota 97, “siguiendo la teoría de la disponibilidad no se puede afirmar, como hace la doctrina alemana, que con la consumación no se haya lesionado aún el bien jurídico”.

⁷⁸⁶ Los delitos no se consuman cuando el autor cree que concurren las condiciones típicas, sino cuando dichas condiciones concurren objetivamente. Así, por ejemplo, la incitación del agente provocador a que se hurte una cosa de su propiedad impide que el sujeto provocado consuma el delito —pues el acto de apoderamiento no habrá sido realizado “sin la voluntad de su dueño” (art. 234.1 CP)— aunque este piense lo contrario e, incluso, haya enajenado el objeto y gastado las ganancias. Lo mismo ocurrirá cuando el sujeto provocado crea que tiene disponibilidad sobre la cosa ajena pero, en realidad, el agente provocador haya excluido cualquier posibilidad de que disponga de ella (por ejemplo, someténdola a una vigilancia subrepticia que no la pierda de vista y, en última instancia, culmine con su aprehensión). Por mucho que el autor piense que el hurto estaba consumado porque pudo disponer de la cosa, su realización quedará en fase de tentativa si, debido a las medidas adoptadas por el agente provocador, dicha posibilidad nunca existió objetivamente.

⁷⁸⁷ En este sentido, C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 267, afirma que “*si alguien instiga a otro a cometer una estafa y al hacerlo está abarcado por su dolo el daño patrimonial de la víctima, pero no el enriquecimiento patrimonial del autor o de un tercero (p.ej. porque parte de la base de los objetos conseguidos mediante el engaño antes de ser recogidos en el lugar acordado serán destruidos por una explosión), en el inductor concurre un ataque al bien jurídico, ya que él quiere perjudicar al afectado en su patrimonio. Y esto ha de ser suficiente para que haya inducción, pues el ánimo de lucro no es importante para el merecimiento de pena del inductor, sino sólo para el tipo delictivo (estafa como delito de desplazamiento patrimonial), tipo que sin embargo sólo precisa concurrir siempre en la persona del autor*”.

⁷⁸⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 235.

1.2.3. Delitos de peligro

El fundamento de la participación también impone una restricción de su contenido en determinados delitos de peligro. En particular, en todos aquellos que exigen “*constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer un riesgo real típicamente relevante con arreglo a un juicio ex ante*”⁷⁸⁹. Aquí se empleará la denominación de “delitos de peligro abstracto”⁷⁹⁰ para aludir a esta clase de infracciones que, ni requieren un resultado de peligro constatable *ex post* (peligro concreto), ni presumen *iuris et de iure* la peligrosidad de un determinado comportamiento (peligro presunto)⁷⁹¹. Dichas infracciones protegen el bien jurídico de conductas intersubjetivamente peligrosas para el mismo desde el punto de vista *ex ante* y, por tanto, condicionan su tipicidad (objetiva) a los conocimientos que tuviera el sujeto activo en el momento de realizarlas. De este modo, un mismo comportamiento podrá ser típico o atípico en función de si, desde la perspectiva de quien lo lleva a cabo, resulta “peligroso” o “no peligroso”⁷⁹². Precisamente por ello, el fundamento de la participación exige restringir su contenido al favorecimiento de aquellas conductas que, además de ser peligrosas desde el punto de vista *ex ante* del autor, también puedan ser calificadas como tales desde la perspectiva propia del partícipe⁷⁹³. Es decir, al favorecimiento de comportamientos cuyo pronóstico de peligrosidad sea compartido por el autor y el partícipe. Al fin y al cabo, la contribución a un delito de estas características solo representará un ataque al bien jurídico cuando este resulte peligroso desde el punto de vista *ex ante* de quien favorece su ejecución. En consecuencia, si este dispone de información adicional que torna la conducta “peligrosa” del autor en “no peligrosa”, su contribución será atípica aunque el hecho principal deba estimarse típicamente relevante.

⁷⁸⁹ MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, RDPC, núm. 9, 2002, pág. 76.

⁷⁹⁰ En ocasiones la doctrina se refiere a esta clase de infracciones como delitos de “aptitud” o “idoneidad”. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, págs. 311; GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, cit., pág. 124; CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, RDPC, núm. 10, 2002, pág. 63; FUENTES OSORIO, “Formas de anticipación de la tutela penal”, RECPC, núm. 8, 2006, pág. 25.

⁷⁹¹ Sobre la legitimidad y la posibilidad de interpretar restrictivamente los delitos que presumen la peligrosidad de una conducta —que aquí serán denominados “delitos de peligro presunto”— se volverá más adelante.

⁷⁹² Tal y como indica MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pág. 29, los “*peligros existen sólo en la representación de un observador no suficientemente informado sobre la evolución del mismo*” y, por tanto, desde el punto de vista de dos observadores con información desigual un mismo hecho puede ser “peligroso” y, a su vez, “no peligroso”.

⁷⁹³ Vid. en este sentido RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 297; JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 827; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 263.

De esta forma, el agente provocador deberá permanecer impune por todas aquellas actuaciones que favorezcan la consumación de un delito de peligro abstracto que, pese a resultar peligroso desde la perspectiva del sujeto provocado, no entrañe un riesgo intersubjetivamente relevante desde su propio punto de vista *ex ante*. En definitiva, las contribuciones del agente provocador a que el sujeto provocado realice un delito consumado de peligro abstracto serán atípicas cuando este sea “peligroso” para el segundo y “no peligroso” para el primero.

Esto último resulta especialmente trascendente en los delitos contra la salud pública y, en particular, en los supuestos de compras simuladas de drogas. En este sentido, la exigencia de que las conductas de participación en los delitos de peligro abstracto favorezcan un comportamiento peligroso *desde la perspectiva ex ante del partícipe* impide calificar como tales las solicitudes de sustancias estupefacientes que provocan un acto de venta típicamente relevante y, a su vez, incapaz de “*promover, favorecer o facilitar el consumo de otras personas*”⁷⁹⁴ desde el punto de vista del comprador. Adviértase que, de lo contrario, cualquier adquisición de drogas constituiría, al menos, una cooperación necesaria en un delito contra la salud pública, pues todo comprador contribuye a que un vendedor “promueva, favorezca o facilite” su propio consumo y, por tanto, realice una conducta que, desde el punto de vista de este último, implica “*un riesgo para la salud de los terceros*”⁷⁹⁵. Al requerir que dicho “riesgo para la salud de terceros” concurra, no solo desde la perspectiva del autor, sino también desde el punto de vista del partícipe, se evita tener que castigar a todos los consumidores que adquieren estupefacientes —pues ellos ponen en riesgo su propia salud y no la de terceros— y, en lo que aquí interesa, se niega la tipicidad de las actuaciones de un agente provocador que favorecen un acto de tráfico mediante una *compra simulada de drogas*. Es decir, aquellas actuaciones en las que un agente provocador, aparentando ser un mero comprador, contribuye a que el sujeto provocado le venda drogas para, inmediatamente, detenerlo por ello. En tanto que los actos de venta realizados por el sujeto provocado únicamente “*promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas*” (art. 368 CP) desde su perspectiva —requisito imprescindible para que su conducta sea delictiva— pero no desde la posición del agente provocador, su favorecimiento deberá estimarse atípico. De este modo, aunque el sujeto provocado haya consumado un delito contra la salud pública al entregar la droga

⁷⁹⁴ MARAVER GÓMEZ, “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, *Indret*, núm. 2, 2019, pág. 4, señalando que el Tribunal Supremo dejó claro desde sus primeras sentencias que “*las diferentes conductas enumeradas en el delito de tráfico de drogas deben interpretarse como una forma de favorecer el consumo de terceras personas*”, reconociendo de este modo “*el aspecto de la alteridad como aspecto central para valorar la tipicidad de la conducta*”.

⁷⁹⁵ STS 775/2004, de 14-6.

—o, incluso, antes— la solicitud del agente provocador que la ha desencadenado no constituirá una conducta típica de participación⁷⁹⁶. Al fin y al cabo, el acto de venta favorecido no será peligroso para la salud pública desde la perspectiva del segundo, por mucho que sí lo sea desde el punto de vista del primero. Un ejemplo paradigmático:

El agente provocador ofrece una elevada cantidad de dinero al sujeto provocado a cambio de conseguirle medio gramo de cocaína. El sujeto provocado acepta la oferta y, para satisfacerla, llama a un conocido que le proporciona la droga por un precio muy inferior. Finalmente, tras entregarle la papelina al agente provocador, este se identifica como policía y lo detiene por tráfico de drogas. Desde el punto de vista del sujeto provocado, la conducta consistente en obtener y entregar medio gramo de cocaína a un desconocido “promueve, favorece o facilita” el consumo ilegal de estupefacientes. Es decir, pone en riesgo el bien jurídico salud pública. Precisamente por ello, el acto de venta previo a la detención constituye, por sí mismo, un delito consumado de tráfico de drogas. Es más, debido a la particular configuración del art. 368 CP, dicha infracción deberá entenderse consumada desde el momento en que el sujeto provocado ha adquirido la droga con el propósito de enajenarla⁷⁹⁷. Sin embargo, a pesar de ello, la incitación del agente provocador, por muy tentadora que haya sido la oferta en que se ha plasmado, deberá estimarse atípica. A fin de cuentas, desde su perspectiva, el acto de venta al que ha contribuido no “promueve, favorece o facilita” el consumo ilegal de drogas y, por tanto, no pone en riesgo la salud pública. En este sentido, el mero hecho de que él sea el destinatario de la droga —y no tenga intención de transmitirla a otros— ya bastaría, por sí mismo, para excluir la tipicidad de su incitación, pues el acto de venta favorecido no supone, desde su punto de vista, “un riesgo para la salud de los terceros”⁷⁹⁸. No obstante, en este caso podría esgrimirse un argumento añadido para negar la concurrencia de dicho riesgo desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador. A saber, que este dispone de información

⁷⁹⁶ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 263.

⁷⁹⁷ El art. 368 no solo sanciona a los “ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, sino también a quienes “las posean con aquellos fines”. Esta última modalidad se configura como un delito “de resultado cortado” y, por tanto, la (a)tipicidad de su favorecimiento pende de los criterios expuestos *supra* al tratar las infracciones con elementos subjetivos del injusto. En todo caso, conviene resaltar que en las compras simuladas de drogas el sujeto provocado consumará el delito en el momento de adquirir los estupefacientes con el fin de, posteriormente, realizar el acto de tráfico incitado por el agente provocador. Por ello, no puedo compartir la siguiente afirmación de MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 82: “en los casos de una única compraventa de estupefacientes por parte del agente provocador y la inmediata detención del presunto traficante es posible negar la realización del tipo de tráfico de estupefacientes en cuanto que no se da la posibilidad del resultado de peligro. Existiría por parte del autor provocado sólo una tentativa, en cuanto que su acción es peligrosa y el agente provocador quedaría impune porque no actúa con dolo de consumación”. En tanto que la consumación del delito de tráfico de drogas se produce con la mera tenencia preordenada, no resulta posible sostener que, en esta clase de supuestos, el sujeto provocado haya realizado solamente una tentativa.

⁷⁹⁸ STS 775/2004, de 14-6.

adicional al sujeto provocado: su propia condición policial e intención de decomisar la droga tal cual le sea entregada.

Adviértase que en la gran mayoría de compras simuladas de drogas realizadas por policías de incógnito transcurrirá un determinado lapso de tiempo entre la solicitud y la entrega de las sustancias estupefacientes. Obviamente, durante el intervalo comprendido desde el momento que el sujeto provocado adquiere la droga —y, por tanto consume el delito— hasta que se produce el acto de venta que desencadena su detención “*la policía no puede controlar que la droga vaya a parar exclusivamente a sus manos y no a otros traficantes o consumidores que ofrezcan más dinero*”⁷⁹⁹. Tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, “*en pocas ocasiones se podrá afirmar que la policía controla absolutamente que la droga no vaya a parar a otros traficantes o consumidores, sino exclusivamente a sus manos. En efecto, la policía no puede estar segura de que el traficante provocado no venda la mercancía adquirida originariamente para el agente provocador a otro interesado que esté dispuesto a pagar más por la mercancía*”⁸⁰⁰. No obstante, aunque la reflexión de MUÑOZ SÁNCHEZ tiene sentido en el ordenamiento alemán, no puede cuestionar la atipicidad de esta clase de actuaciones en nuestro sistema jurídico⁸⁰¹. Sostener que debe resultar típica cualquier solicitud de drogas en la que no se excluya absolutamente la posibilidad de que el vendedor, una vez la haya adquirido, cambie de opinión y se la entregue a un tercero “*supondría cambiar el sentido del tipo penal, que no castiga la conducta consistente en dar lugar a una mera posibilidad de que la droga llegue a*

⁷⁹⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 82.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, pág. 78.

⁸⁰¹ El argumento de MUÑOZ SÁNCHEZ proviene, como él mismo indica, de FRANZHEIM, “*Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern*“, cit., pág. 2017, y DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, cit., pág. 105. Sin embargo, MUÑOZ SÁNCHEZ no parece reparar en que la configuración del delito de tráfico de drogas en Alemania (§ 29.1 BtMG) difiere notablemente de la española —pues en el país germano constituye formalmente un delito de peligro presunto que también castiga al consumidor— y que, por tanto, su razonamiento no puede ser trasladado a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la imposibilidad de controlar absolutamente el riesgo para el bien jurídico (salud pública) solo representaría un argumento a favor de la tipicidad de esta clase de actuaciones si el delito de tráfico de drogas fuera de peligro presunto y, en virtud de una reducción teleológica, únicamente se excluyeran de su contenido aquellas conductas que, precisamente, puedan controlar absolutamente todo riesgo para el bien jurídico. No obstante, a diferencia del tipo alemán —que sanciona cualquier acto de tráfico— el delito de tráfico de drogas en nuestro país “*castiga el cultivo, fabricación y tráfico en la medida en que implique un favorecimiento, promoción o facilitación del consumo ilegal*” (RUIZ ANTÓN, “*La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas*”, en *La problemática de la droga en España*, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 325). De este modo, tal y como indica REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 22, el “*centro de gravedad de la conducta, gira no en torno a la realización de actos de cultivo, elaboración o tráfico, sino que lo importante es que esos actos o cualesquiera otros («o de otro modo») promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal*”. Esta exigencia expresa de peligrosidad *ex ante* —inexistente en el § 29.1 BtMG— hace innecesario recurrir a una reducción teleológica para negar la tipicidad de las solicitudes de un agente provocador en una compra simulada de drogas. Vid. una crítica a la sentencia del BGH (StV 1981, 541) que hace lo propio en NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 97.

terceras personas, sino los actos que pueden interpretarse como formas de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas”⁸⁰². El art. 368 CP no tipifica un delito de peligro presunto —o, en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, de “peligro remoto” o “peligro de peligro”⁸⁰³— y, por tanto, el riesgo que determina su concurrencia no va referido “a la mera posibilidad de que la droga llegue a otras personas, sino que deberá valorarse si la conducta, objetivamente, es idónea para producir ese consumo general, y si, subjetivamente (...) se representa ese riesgo de difusión del consumo”⁸⁰⁴. En tanto que, desde la perspectiva del agente provocador, resulta completamente imprevisible que el sujeto provocado, tras conseguir la droga solicitada, cambie de opinión y se la venda “a otro interesado que esté dispuesto a pagar más por la mercancía”⁸⁰⁵, dicho riesgo deberá estimarse típicamente irrelevante. De lo contrario, todos los consumidores que solicitan drogas sin ánimo de traficar con ellas realizarían conductas típicas, pues nunca podría excluirse que el vendedor acabara entregando la sustancia requerida “a otros traficantes o consumidores que ofrezcan más dinero”⁸⁰⁶.

En todo caso, la contribución a un delito consumado de tráfico de drogas no solo resultará atípica cuando el agente provocador sea el destinatario de las sustancias estupefacientes —esto es, en las compras simuladas de drogas— sino también cuando disponga de información adicional que torne irrelevante el riesgo de que la conducta del sujeto provocado “promueva, favorezca o facilite” el consumo de terceros. Así, por ejemplo, esto último podría predicarse respecto “del agente provocador que vende droga para seguir el rastro de la droga y conocer las vías de distribución de una determinada organización criminal, pero montando una perfecta operación policial que haga imposible que la droga llegue al mercado”⁸⁰⁷. En tanto que las conductas instigadas “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas” (art. 368 CP) desde la perspectiva del sujeto provocado —que desconoce la existencia del operativo policial— pero no hagan lo propio desde el punto de vista del agente provocador, la actuación de este último deberá estimarse atípica. En cambio, la contribución a un delito consumado de estas características resultará típica cuando la información adicional de la que dispone el agente provocador no impida afirmar que, desde su perspectiva *ex ante*, la

⁸⁰² MARAVER GÓMEZ, “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 41, refiriéndose a las sentencias que niegan la atipicidad del consumo compartido en virtud de la “existencia de un mínimo riesgo -no completamente excluido- de que el consumo se extienda a terceras personas”

⁸⁰³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 32.

⁸⁰⁴ MARAVER GÓMEZ, “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, cit., págs. 40 y 41.

⁸⁰⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 78.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, pág. 82.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, pág. 77.

conducta del sujeto provocado “promueve, favorece o facilita” el consumo de terceros. Es decir, cuando el agente provocador adopte unas medidas claramente insuficientes para evitar “*un riesgo para la salud de los terceros*”⁸⁰⁸ o, directamente, persiga la realización de dicho riesgo⁸⁰⁹. Un ejemplo de esto último:

Por motivos inconfesables, un policía de incógnito proporciona la financiación y los medios necesarios para que un sujeto adquiera una importante remesa de heroína y la distribuya por un determinado barrio. Cuando la mayor parte de esta ya ha sido enajenada, el policía procede a su detención y decomisa el remanente de droga que todavía se encuentra en su poder. En este supuesto, el delito de tráfico de drogas (consumado) al que ha contribuido el agente provocador “promueve, favorece o facilita” el consumo de terceros, tanto desde su punto de vista *ex ante* como desde la perspectiva propia del sujeto provocado. En consecuencia, aunque este tuviera la intención de detener al sujeto provocado y decomisar el remanente de droga, su comportamiento debería estimarse, en todo caso, típicamente relevante.

Finalmente, conviene señalar que, al contrario de lo que ocurre con los delitos de peligro abstracto, cualquier contribución a la consumación de un delito de peligro concreto o de peligro presunto resultará necesariamente típica. En el caso de los delitos de *peligro concreto*, la razón que excluye la posibilidad de favorecer su consumación de forma atípica es sencilla: esta presupone un resultado de peligro “*a valorar siempre ex post, tomando en cuenta todos los datos cognoscibles en ese momento posterior*”⁸¹⁰. En tanto que la concurrencia de dicho resultado de peligro se determina mediante toda la información cognoscible en el momento de realizar el delito —y no solamente la que tuviera *ex ante* el sujeto activo— la consumación de una infracción de estas características siempre será peligrosa para cualquiera. A diferencia de lo que sucede con los delitos de peligro abstracto, la consumación de un delito de peligro concreto no puede ser “peligrosa” para un sujeto y “no peligrosa” para otro que disponga de información adicional, pues los conocimientos empleados para valorar su existencia son los máximos que alguien habría podido tener. En este sentido, si la consumación ha sido peligrosa para el autor, también lo será necesariamente para quien la ha favorecido. Precisamente por ello, todas las actuaciones de un agente provocador que contribuyan a la consumación de un delito de peligro concreto supondrán un ataque al bien jurídico protegido y, por tanto,

⁸⁰⁸ STS 775/2004, de 14-6.

⁸⁰⁹ JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 827; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 264.

⁸¹⁰ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 26.

resultarán típicamente relevantes⁸¹¹. Así, por ejemplo, el favorecimiento de un delito consumado de conducción temeraria (art. 380.1 CP) siempre será típico, pues la eventual información adicional del agente provocador no podrá negar que, desde su perspectiva *ex ante*, el sujeto provocado “*pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*”. De lo contrario, el delito realizado por este último no estaría consumado.

Respecto a la imposibilidad de favorecer de forma atípica la consumación de un delito de *peligro presunto* (o formal⁸¹²) debe hacerse una advertencia: dicha imposibilidad pende de la propia aceptación de esta categoría. Esto es, de la admisión de que, en determinados delitos, “*la peligrosidad de la acción típica no es un elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto*”⁸¹³ y, por tanto, “*no sólo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador*”⁸¹⁴. Obviamente, aceptar algo así plantea evidentes problemas de legitimidad. No obstante, aunque dichos problemas son reconocidos de forma unánime por la doctrina, no todos los autores tratan de solventarlos del mismo modo. A estos efectos, conviene distinguir dos posiciones. La primera se caracteriza, en palabras de MENDOZA BUERGO, por “*reinterpretar en clave teleológica estos delitos*” y, de este modo, “*eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración ex ante*”⁸¹⁵. Así, con independencia de su dicción legal, cualquier delito de peligro exigiría, como mínimo, que la conducta típica resultara intersubjetivamente peligrosa desde el punto de vista *ex ante* de quien la realiza⁸¹⁶. De esta forma, se negaría *de lega lata* la existencia de delitos

⁸¹¹ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 237.

⁸¹² CERESO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, cit., pág. 67, critica la denominación “delitos de peligro presunto” señalando que en estas infracciones “*no se presume, ni con una presunción iuris tantum ni iuris et de iure, la existencia de un peligro para el bien jurídico. Se castigan sólo ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro del bien jurídico es únicamente la ratio legis de la creación de estas figuras delictivas*”. No obstante, tal y como indica MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 34, pese a “*las críticas realizadas a la utilización del término «presunto» (...) no puede negarse que conforme a la interpretación y aplicación dominante que se hace de estos delitos en su formulación clásica, —salvo contadas excepciones—, funcionan de hecho como delitos de peligro o peligrosidad presunta, en la medida en que se aplican sin comprobación individual alguna sobre la efectiva peligrosidad de la acción concreta*”. Por ello, aquí se estima más ilustrativo emplear el término “delito de peligro presunto” al de “delito formal” o “delito de peligro abstracto puro”.

⁸¹³ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 19.

⁸¹⁴ *Ibidem*, pág. 20.

⁸¹⁵ MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, cit., pág. 66.

⁸¹⁶ Vid. en esta dirección SILVA SÁNCHEZ, “Consideraciones sobre el delito del Art. 340 Bis a) 1º del CP”, en *Derecho de la circulación: aspectos civiles y penales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia,

de peligro presunto, incorporando vía reducción teleológica el requisito de la peligrosidad *ex ante* a todos los tipos que no hacen expresa alusión al mismo y, por tanto, transformándolos en lo que aquí se ha denominado “delitos de peligro abstracto”. En cambio, la segunda postura estimaría, otra vez en palabras de MENDOZA BUERGO, que la exigencia de peligrosidad *ex ante* “es aplicable sólo a un grupo de tipos de peligro abstracto y es deseable *lege ferenda* para toda la categoría, pero no es predicable *lege lata* de todos los tipos que podemos calificar de delitos de peligro”⁸¹⁷. Desde esta perspectiva, los delitos cuya formulación legal hace referencia a la peligrosidad *ex ante* de la conducta típica —como ocurre, por ejemplo, con la alusión del art. 368 CP a que los actos de tráfico “promuevan favorezcan o faciliten” el consumo de drogas— deberían diferenciarse de aquellos que no hacen ninguna mención a la misma —por ejemplo, la conducción sin carnet del art. 384 CP—⁸¹⁸. Aunque estos últimos no fueran deseables *de lege ferenda*, la letra de Ley obligaría a concebirlos *de lege lata* como delitos de peligro presunto y, por tanto, el intérprete debería resignarse a admitir que cualquier “comportamiento formalmente coincidente con el descrito en el tipo debe reputarse típicamente relevante (...) aunque en concreto carezca por completo de peligrosidad para el objeto de protección”⁸¹⁹. En mi opinión, la primera posición resulta preferible por ajustarse mejor a los postulados propios de nuestra Constitución⁸²⁰. No obstante, dicha posición, en tanto que niega la existencia de los delitos de peligro presunto, no plantea ningún problema adicional para el objeto de esta investigación: al interpretar restrictivamente estas infracciones como “delitos de peligro abstracto” el favorecimiento de su consumación podrá resultar atípico en las circunstancias expuestas al analizar esta categoría. Así, la delimitación de la impunidad del agente provocador debería remitirse a lo dicho anteriormente sobre esta clase de infracciones. Por el contrario, la segunda posición, al distinguir entre delitos de peligro abstracto y presunto, sí que presenta una particularidad en el tratamiento de las contribuciones a su consumación. Habida cuenta de que la jurisprudencia suele inclinarse hacia esta posición —al menos, en la aplicación

Madrid, 1993, pág. 153; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 143; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)”, en *Seguridad Vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 192.

⁸¹⁷ MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, cit., pág. 65.

⁸¹⁸ Vid. en este sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 313 y ss.; CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, cit., pág. 71.

⁸¹⁹ MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, cit., pág. 41.

⁸²⁰ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 1030, aludiendo concretamente al tipo del art. 379.2 CP.

de determinados tipos delictivos⁸²¹— merece la pena hacer una mención a dicha particularidad, aunque no se compartan los presupuestos que conducen a ella.

Admitir la categoría de los delitos de peligro presunto obliga a aceptar que todas las contribuciones a su consumación resulten típicamente relevantes. La razón es simple: la estructura de estos delitos se caracteriza por presumir *iuris et de iure* la peligrosidad de una determinada conducta y, por tanto, su tipicidad no depende del riesgo percibido *ante* por quien la realiza o la favorece. En tanto que dicha conducta se presuma peligrosa para el primero, también lo será para el segundo. A estos efectos, la eventual información adicional que tuviera quien contribuye a la consumación de un delito de esta naturaleza será intrascendente. Tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, “*si el conocimiento por el autor de la no peligrosidad en el caso concreto no excluye su responsabilidad, tampoco ese conocimiento hace impune al partícipe*”⁸²². Precisamente por ello, todas las actuaciones de un agente provocador que favorezcan la consumación de un delito de peligro presunto resultarán típicas⁸²³. Por mucho que el agente provocador sepa que la conducta del sujeto provocado no entraña riesgo alguno para el bien jurídico protegido, la presunción de peligrosidad que opera para el segundo también rige para el primero. Al fin y al cabo, el comportamiento del sujeto provocado se presumiría peligroso aunque él mismo conociera las razones que lo hacen inocuo para el bien jurídico. Si en dichas circunstancias la conducta del sujeto provocado se estimaría igualmente típica, la contribución del agente provocador también lo será. Así, por ejemplo:

*El agente provocador incita al sujeto provocado a conducir un vehículo sin haber obtenido nunca carnet alguno. No obstante, el agente provocador sabe que, al doblar la esquina, se encuentra una patrulla de policía efectuando un control y, además, ha avisado de que el sujeto provocado no tiene permiso de conducción. Desconociendo esto último, el sujeto provocado conduce varios metros y, tal como había previsto el agente provocador, resulta detenido por la policía al doblar la esquina*⁸²⁴. En este supuesto el sujeto provocado ha realizado un delito consumado de conducción sin carnet (art. 384 CP) pues, tal y como indica la STS 55/2018, de 31-1, “*el hecho de que el trayecto recorrido fuera corto y se hiciera en poco tiempo es (...) irrelevante*”. Si esta infracción se interpreta —al modo que

⁸²¹ Así, por ejemplo, vid. una crítica a la interpretación jurisprudencial del art. 384 CP como delito de peligro presunto en CARPIO BRIZ, “La configuración administrativa del delito de conducción sin licencia”, RDPC, núm. 18, 2017, pág. 406.

⁸²² MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 76. En el mismo sentido, SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 806; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 236; JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 827.

⁸²³ NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 105.

⁸²⁴ Vid. un ejemplo similar en JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 827.

lo hace la jurisprudencia⁸²⁵— como un delito de peligro presunto, el agente provocador debería responder como inductor de la misma. A fin de cuentas, por mucho que este supiera que el sujeto provocado solo podía conducir unos pocos metros antes de ser detenido, la presunción (*iuris et de iure*) de que ese mínimo desplazamiento pone en riesgo la seguridad vial impediría, en todo caso, afirmar que ha favorecido una conducta “no peligrosa”. En tanto que dicho desplazamiento se presumiera peligroso para el sujeto provocado, también lo sería para el agente provocador. Si el art. 384 CP contiene un delito de peligro presunto, la conducta del sujeto provocado sería típica aunque este supiera desde el principio que únicamente podría recorrer unos pocos metros y, por tanto, ese mismo conocimiento no podrá excluir la tipicidad de la incitación realizada por el agente provocador. En cambio, interpretar restrictivamente el tipo de conducción sin carnet como un “delito de peligro abstracto” permitiría negar la peligrosidad de dicha conducta desde la perspectiva *ex ante* de quien sabe que será necesariamente fugaz y, por tanto, estimar atípica la incitación del agente provocador en este caso.

1.2.4. Delitos contra bienes jurídicos propios

La última restricción que impone el fundamento de la participación a su contenido se plasma en la exigencia de “*que el valor jurídico objeto de tutela penal sea susceptible de ser menoscabado por el partícipe en su condición de tal*”⁸²⁶. Es decir, que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el autor se encuentre penalmente protegido frente a los ataques del partícipe⁸²⁷. Esto no ocurrirá en los supuestos de “participación necesaria” y, de forma más general, en todos aquellos delitos que atenten contra bienes jurídicos propios. Al fin y al cabo, los “*tipos de la Parte Especial prohíben la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, no de los propios. De manera que la autolesión no se encuentra dentro del fin de protección del ordenamiento jurídico*”⁸²⁸. Si el fundamento de la participación consiste en proteger el correspondiente bien jurídico frente a ataques ajenos, carece de sentido sancionar a aquellos sujetos que favorecen un delito cuyo objeto de tutela es de su propia titularidad. En tanto que “*nadie puede agredir o atacar de modo jurídico-penalmente relevante sus propios bienes jurídicos*”⁸²⁹, cualquier contribución a una infracción que lesione o ponga el peligro dichos bienes jurídicos (propios) deberá

⁸²⁵ SSTS 2012/2017, de 26-4; 369/2017, de 22-5; 169/2018, de 11-4. Críticamente, CARPIO BRIZ, “La configuración administrativa del delito de conducción sin licencia”, cit., págs. 402 y ss.

⁸²⁶ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 299.

⁸²⁷ RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la participación”, cit., pág. 65; EL MISMO, “Del agente provocador y del delito provocado”, cit., pág. 380; MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 156; CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 140; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 611.

⁸²⁸ CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 127.

⁸²⁹ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 221.

estimarse atípica. De este modo, la persona que trata de protegerse mediante un determinado tipo delictivo nunca podrá responder como partícipe del mismo⁸³⁰. Así, nadie podrá ser sancionado como inductor, cooperador necesario o cómplice de un delito contra su propia indemnidad sexual, vida o integridad física. Precisamente por ello, las actuaciones de un agente provocador que favorezcan la comisión de un delito que atente contra bienes jurídicos de su titularidad resultarán, en todo caso, atípicas⁸³¹.

De todas formas, conviene advertir que, en la mayoría de supuestos, la contribución del agente provocador a un delito de estas características impedirá su consumación. Al fin y al cabo, el favorecimiento de una infracción que afecta a bienes jurídicos propios presupone su *consentimiento*. Cuando dicho consentimiento, de haber sido conocido por el sujeto provocado, determinaría la atipicidad de su conducta, el delito realizado no podrá alcanzar la consumación. Así, por ejemplo, la contribución a un hurto de cosa propia presupone la voluntad del agente provocador de desprenderse de ella y, en consecuencia, su efectiva disposición por parte del sujeto provocado —desconociendo dicha voluntad— solamente constituirá una tentativa (inidónea), pues su acto de apoderamiento no habrá sido realizado “*sin la voluntad de su dueño*” (art. 234.1 CP)⁸³². Lo mismo ocurrirá cuando el agente provocador favorezca el allanamiento de su morada, o el descubrimiento de sus secretos, pues dicho favorecimiento lleva implícito su consentimiento y, por tanto, aunque el sujeto provocado lo desconozca, su conducta no se habrá llevado a cabo “*contra la voluntad de su morador*” (art. 202.1 CP) o sin el “*consentimiento*” (art. 197.1 CP) del titular de los secretos. En todos estos casos, la infracción promovida constituirá una tentativa y, por ello, la atipicidad de la actuación del agente provocador podría derivarse, no solo de la imposibilidad de participar en un delito que atenta contra bienes jurídicos propios, sino también de la ausencia de dolo de consumación. A fin de cuentas, la información adicional que tenía el agente provocador —su propio consentimiento— le permitía descartar desde el primer momento la consumación del delito favorecido. De este modo, la contribución a un delito cuyo consentimiento por parte del agente provocador hace desaparecer la lesividad de la conducta (“*Einverständnis*”)⁸³³ resultará

⁸³⁰ En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 237, refiriéndose a la participación necesaria, afirma que “*si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar en todo caso impune*”. Similar, CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 142, calificando a la persona que trata de protegerse mediante un tipo como “*sujeto inidóneo para la participación*”.

⁸³¹ MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., pág. 158.

⁸³² Tampoco podrá consumarse el hurto si la cosa no pertenece al agente provocador pero este había obtenido previamente el consentimiento de su dueño. Vid. un ejemplo en DEITERS, “*Straflosigkeit des agent provocateur?*”, cit., pág. 303.

⁸³³ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 522.

atípica por no cumplir, ni la exigencia de que el bien jurídico se encuentre protegido frente al partícipe, ni el requisito del dolo de consumación. Un ejemplo para ilustrarlo:

El agente provocador incita al sujeto provocado a hurtar un vehículo que tiene las llaves puestas. No obstante, el agente provocador sabe perfectamente que dicho vehículo es de su propiedad, pues él mismo lo ha aparcado allí para tentar al sujeto provocado. Desconociendo esto último, el sujeto provocado se apodera del vehículo y lo lleva hasta su casa donde, unos minutos más tarde, es detenido por la policía. En este caso el sujeto provocado ha realizado una tentativa (inidónea) de hurto. Sin embargo, su favorecimiento por parte del agente provocador deberá estimarse atípico por dos razones. En primer lugar, el bien jurídico atacado por el sujeto provocado es titularidad del agente provocador y, en consecuencia, no se encuentra protegido frente a él. Al igual que este nunca podría responder como autor de un hurto de algo (que sabe) de su propiedad, tampoco puede hacer lo propio como partícipe⁸³⁴. En segundo lugar, el consentimiento que presupone su incitación impide que el hurto realizado por el sujeto provocado pueda perfeccionarse y, por ello, el conocimiento de esta circunstancia niega la concurrencia del dolo de consumación necesario para participar en una tentativa.

En cambio, existen un conjunto de infracciones cuyo consentimiento por parte del titular del bien jurídico no hace desaparecer la lesividad de la conducta (“*Einwilligung*”)⁸³⁵ y, por ello, pueden consumarse a pesar de él. La exigencia de que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el autor se encuentre protegido frente al partícipe cobra especial relevancia en esta clase de delitos. En virtud de ella, aunque el agente provocador favorezca, por ejemplo, una agresión sobre sí mismo con dolo de consumación, nunca podrá responder como partícipe del delito de lesiones realizado por el sujeto provocado. Tal y como indica MIR PUIG, “*los tipos de lesiones no incluyen en general la conducta del que se autolesiona, por lo que tampoco cabe reputar punible la participación en una autolesión*”⁸³⁶. A estos efectos, resulta irrelevante que su consentimiento, de haber sido conocido por el sujeto provocado, no impidiera apreciar un delito consumado de lesiones (art. 155). En este sentido, “*no debe confundirse la impunidad del sujeto al que se dirige la protección de la norma con la eficacia del consentimiento (...) una cosa es que la protección penal de un bien jurídico se establezca a pesar de la voluntad de su titular y*

⁸³⁴ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 299.

⁸³⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 523. Sobre la distinción entre esta clase de consentimiento (“*Einwilligung*”) y la anterior (“*Einverständnis*”) vid. también JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 400; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 2ª ed., 1994, trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, pág. 512.

⁸³⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 529.

*otra, castigar a éste último*⁸³⁷. Por mucho que el bien jurídico afectado sea indisponible, su titularidad excluye la posibilidad de participar en el delito que lo lesiona o pone en peligro⁸³⁸. Al fin y al cabo, dicha indisponibilidad se predica respecto a los ataques ajenos y no en relación a los propios. Al igual que no se castiga a quien intenta suicidarse, tampoco puede sancionarse a quien contribuye a que otro trate de matarlo. En consecuencia, todo favorecimiento de un delito (consumado o no) que atente contra bienes jurídicos propios (disponibles o indisponibles) resultará necesariamente atípico. De este modo, el agente provocador deberá permanecer impune por todas aquellas contribuciones a un delito que, pese a consumarse, afecta a bienes jurídicos de su titularidad. Así, por ejemplo:

El agente provocador insulta al sujeto provocado para que este lo agrede. De ese modo, pretende lograr su castigo por un delito de lesiones consumadas. Finalmente, el sujeto provocado le propina un puñetazo que, en todo caso, resultaba innecesario para hacerlo callar —pues este ya había concluido su agravio— y, minutos después, el agente provocador presenta ante la policía una denuncia por ello. Dejando de lado la eventual relevancia del insulto proferido por el agente provocador a los efectos de apreciar un delito de injurias o calumnias, su contribución a la consumación del delito de lesiones realizado por el sujeto provocado resultará atípica. Al fin y al cabo, este nunca podría responder como inductor de unas lesiones que atentan contra su propia integridad física. Tal y como indica C. ROXIN, “nadie puede atacar su cuerpo de modo jurídico-penalmente relevante”⁸³⁹. En tanto que el bien jurídico lesionado mediante la agresión del sujeto provocado no se encuentra protegido frente a los ataques de su titular, su favorecimiento por parte del agente provocador no podrá constituir una conducta típica de participación.

⁸³⁷ CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, cit., pág. 140.

⁸³⁸ *Ibidem*, indicando que “la protección penal de un bien jurídico no tiene carácter absoluto, pues, en la base del concepto de bien jurídico se encuentra el interés de su titular por el disfrute pacífico del objeto a él asignado (...) Ello hace que, desde esta perspectiva, el titular nunca pueda lesionar la relación con el bien jurídico a él atribuido, aunque llegue a dañar su objeto material”.

⁸³⁹ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 206.

2. Castigo y justificación

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, *no todas las contribuciones a que otro cometa un delito resultan típicas*. La ejecución de ciertas modalidades delictivas —tentativas, delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones contra bienes jurídicos propios— puede ser favorecida de forma atípica cuando no concurren determinadas exigencias que, pese a no estar formalmente previstas por la letra de la Ley, derivan del fundamento de la participación. Precisamente por ello, el agente provocador carecerá de responsabilidad penal por todas aquellas contribuciones que, al no cumplir con dichas exigencias, deben estimarse atípicas. La pregunta que resta ahora por solventar es si, además de esta clase de contribuciones (atípicas), otras actuaciones propias del agente provocador pueden permanecer impunes. Teniendo en cuenta que el segundo elemento conceptual empleado para caracterizar al agente provocador es la *finalidad de lograr el castigo de otro*, su eventual impunidad por una contribución típica pende de la posibilidad que su actuación quede *justificada* en virtud de dicha finalidad. De este modo, la cuestión a resolver debe formularse en los siguientes términos: ¿puede justificar el favorecimiento típicamente relevante de un delito la finalidad de lograr el castigo de otro? A continuación se analizará si dicha finalidad puede cumplir los requisitos del *estado de necesidad* o del *cumplimiento de un deber* y, de este modo, justificar algunas actuaciones típicas del agente provocador.

2.1. Estado de necesidad

El art. 20.5º CP permite justificar ciertas conductas típicas realizadas “*para evitar un mal propio o ajeno*”. De este modo, condiciona su aplicación a un “*peligro de producción de un mal*”⁸⁴⁰. Teniendo en cuenta que el agente provocador persigue el castigo del sujeto provocado, el mal cuya concurrencia podría justificar su actuación debería derivar, precisamente, de la impunidad del sujeto provocado. Así, el hecho de que el sujeto provocado no fuera castigado debería constituir un mal para que la conducta del agente provocador pudiera quedar justificada por estado de necesidad. Según la doctrina, dicho mal podría provenir, o bien “*del fracaso de la persecución penal en caso de no provocación*”⁸⁴¹, o bien de los eventuales delitos que el sujeto provocado fuera a cometer de no ser castigado⁸⁴². En el primer caso la actuación del agente provocador perseguiría

⁸⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, ADPCP, núm. 35, 1982, pág. 667.

⁸⁴¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 103.

⁸⁴² SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 812; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 132.

descubrir un delito previo que, sin la contribución típicamente relevante, resultaría de difícil esclarecimiento. En el segundo, en cambio, trataría de *impedir delitos futuros* cuya realización por parte del sujeto provocado fuera probable si no se le sanciona antes⁸⁴³. De cualquier forma, para que la persecución de dichas finalidades por parte del agente provocador fuera mínimamente verosímil a los efectos de apreciar el estado de necesidad —y, por tanto, entender que su actuación va dirigida a “evitar un mal”— resultaría imprescindible que este tuviera *sospechas fundadas* de la infracción previa que trata de revelarse o los delitos futuros que intentan evitarse⁸⁴⁴. Un ejemplo de lo primero y lo segundo:

1) *El agente provocador sospecha que el sujeto provocado ha realizado un grafiti en la pared de un vecino. No obstante, para lograr probarlo necesita comparar su caligrafía con la letra de la pintada. Con esta finalidad, lo incita a realizar un grafiti similar en la pared de otro particular. Finalmente, tras cotejar ambas pintadas, acredita que el sujeto provocado había realizado la primera y, de este modo, consigue que sea sancionado por los dos delitos de daños consumados*⁸⁴⁵; 2) *El agente provocador sospecha que el sujeto provocado, debido a su ideología xenófoba, está protagonizando una oleada de ataques nocturnos a inmigrantes en un determinado barrio. Con el propósito de detener dichos ataques indiscriminados, el agente provocador lo incita a agredir a un extranjero en su presencia. De este modo, logra obtener su castigo por un delito de lesiones consumadas que, al comportar su encarcelamiento, impide que se produzcan ulteriores ataques racistas en el barrio*⁸⁴⁶. En el primer caso, la actuación típicamente relevante del agente provocador va dirigida a esclarecer un delito previo. Así, el mal que pretende evitar es el “fracaso de la persecución penal”⁸⁴⁷. En cambio, la inducción típica del agente provocador en el segundo supuesto persigue impedir posteriores delitos que, probablemente, el sujeto provocado hubiera realizado de no ser encarcelado. De este modo, el mal que trata de prevenir es, precisamente, la realización de dichos delitos.

Pues bien, aunque el agente provocador tenga sospechas fundadas sobre una infracción previa o un delito futuro, la finalidad de esclarecer lo primero o impedir lo segundo no podrá justificar su actuación típicamente relevante en virtud del art. 20.5° CP. En primer lugar, con independencia del carácter público o privado del agente provocador, la

⁸⁴³ Sobre la distinción entre ambas clases de finalidades a los efectos de justificar una eventual vulneración de los derechos fundamentales del sujeto provocado vid. *infra* el apartado 6.1.2 del capítulo VI.

⁸⁴⁴ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 133.

⁸⁴⁵ En este supuesto se asume que ambos grafitis constituyen un delito de daños y no una mera infracción administrativa (antes falta penal) de deslucimiento. Sobre la controvertida distinción entre las pintadas que integran lo uno o lo otro vid. SAP Cáceres —sección 2ª— 301/2017, de 16-10.

⁸⁴⁶ Vid. un ejemplo similar en C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 261.

⁸⁴⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 103.

justificación por estado de necesidad no puede abarcar “*intervenciones orientadas a la investigación de delitos que no se encuentren expresamente admitidas*”⁸⁴⁸. En tanto que el legislador ha establecido específicamente qué conductas típicas pueden llevarse a cabo para asegurar el éxito del proceso penal, su fracaso nunca constituirá un mal ajeno que pueda justificar otros comportamientos típicamente relevantes⁸⁴⁹. Al fin y al cabo, nuestra legislación procesal ya presupone una ponderación entre las necesidades de una administración de justicia penal eficaz (“*Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege*“) y los bienes jurídicos afectados por los correspondientes tipos delictivos. Si dicha legislación no permite realizar una determinada conducta típica para esclarecer un delito —por ejemplo, favorecer unos daños ajenos— el art. 20.5º CP tampoco podrá hacer lo propio⁸⁵⁰. Por ello, la finalidad de descubrir una infracción previa —y, de este modo, obtener el castigo del sujeto provocado— solo justificará las actuaciones de un agente provocador que se encuentren expresamente autorizadas por el ordenamiento jurídico para lograr el éxito del proceso penal⁸⁵¹.

En segundo lugar, por mucho que el agente provocador tenga sospechas fundadas sobre la futura comisión de un delito por parte del sujeto provocado, el peligro de que ello ocurra raramente reunirá los requisitos de “inminencia y actualidad” propios del estado de necesidad⁸⁵². Tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, “*si la sospecha no es suficiente para tomar las correspondientes medidas procesales (detención, acusación...etc.) difícilmente se puede afirmar el peligro para un bien jurídico, y menos la actualidad de ese peligro*”⁸⁵³. Además, normalmente dicho peligro podrá neutralizarse por otras vías —por ejemplo, sometiendo a vigilancia al sujeto provocado⁸⁵⁴— que no impliquen favorecer la lesión de un bien jurídico ajeno y, por ello, la actuación típica del agente provocador

⁸⁴⁸ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada, 2009, pág. 32.

⁸⁴⁹ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., 694; JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 516; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, cit., pág. 139; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 603.

⁸⁵⁰ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 133; KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, cit., pág. 312.

⁸⁵¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 102.

⁸⁵² SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 812; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 134; SOMMER, “Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur“, cit., pág. 3; DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?“, cit., pág. 304; SCHÜNEMANN, “§ 26“, cit., pág. 2009; RÖNNAU, “Agent provocateur“, cit., pág. 21. Sobre la exigencia de que el peligro propio del estado de necesidad sea inminente y actual vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 471.

⁸⁵³ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 103.

⁸⁵⁴ FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern“, cit., pág. 2017.

difícilmente será el “*medio idóneo menos lesivo disponible*”⁸⁵⁵. En definitiva, aunque no pueda descartarse absolutamente que la finalidad de impedir un delito justifique el favorecimiento de otro, las actuaciones de un agente provocador susceptibles de cumplir las exigencias del art. 20.5º CP resultan, a efectos prácticos, irrelevantes⁸⁵⁶.

2.2. Cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber (art. 20.7º CP) podría justificar las actuaciones típicas de un agente provocador requeridas por el ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, cuando “*el Derecho impone a alguien el deber de realizar un hecho previsto en un tipo penal (...) es evidente que no puede considerarse contraria a Derecho, esto es, antijurídica la realización de aquel hecho*”⁸⁵⁷. Algunos autores españoles parecen entender que el art. 282 LECrim impone a los cuerpos policiales el deber de favorecer determinadas infracciones para “*averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio (...) y descubrir a los delincuentes*”⁸⁵⁸. De este modo, el precepto mentado justificaría las actuaciones típicas de un *agente provocador policial* dirigidas al descubrimiento de un delito previo. En este sentido, REY HUIDOBRO sostiene que “*la conducta del policía que desempeña el papel de agente provocador está amparada por la existencia de una causa de justificación como es el obrar en cumplimiento de un deber. El deber de ejecutar los actos que integran su función, que no es otra que descubrir y detener a los delincuentes, justifica, en base al artículo 20-7º del Código penal (...) y, excluye, por consiguiente, la ilicitud del hecho*”⁸⁵⁹. Así, en última instancia, la impunidad del agente provocador (policial) que realiza una conducta típica quedaría condicionada a la existencia de *sospechas fundadas* sobre una infracción previa. Dichas sospechas permitirían afirmar que su actuación perseguía el esclarecimiento de un delito y, por tanto, “*se encuentra dentro de los límites que la Constitución (artículo 126) y la Ley (artículo 282 y ss. de la LECrim) le imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y*

⁸⁵⁵ WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 596, aludiendo a la exigencia de necesidad propia del art. 20.5º CP. Vid. también MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 478, requiriendo para la aplicación de dicho precepto “*que la lesión o infracción realizadas fueran la vía menos lesiva para evitar el mal amenazante*”.

⁸⁵⁶ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 261, recurriendo a un ejemplo de espionaje contra la seguridad del Estado para ilustrar una actuación del agente provocador que podría llegar a quedar justificada por estado de necesidad en función “*de la importancia de poder sorprender con pruebas al sospechoso (o sea, por tanto, de la magnitud de sus futuras posibilidades de traición) y de la importancia del secreto a cuyo descubrimiento y revelación ha incitado el instigador en el caso concreto*”.

⁸⁵⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 491.

⁸⁵⁸ En este sentido, GARCÍA VALDÉS, “*Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas*”, cit., pág. 564; EL MISMO, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, cit., pág. 18; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 335.

⁸⁵⁹ REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 335.

*descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial*⁸⁶⁰.

Sin embargo, esta última posición no puede ser compartida⁸⁶¹. El art. 282 LECrim no impone ningún deber de llevar a cabo una conducta típica. Tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, del contenido de dicho precepto “*lo único que se deduce es que la policía tiene el deber de investigar los delitos cometidos, pero no que la provocación policial sea necesaria ni en abstracto ni en concreto para el cumplimiento de este deber. No se puede, por el contrario, deducir de estos preceptos que todo método o técnica de investigación sea válido legamente por el solo hecho de que tenga por finalidad la averiguación de delitos*”⁸⁶². En efecto, el art. 282 LECrim atribuye a la policía (judicial) la función de averiguar y descubrir el delito, pero no autoriza —ni, mucho menos, obliga— a realizar comportamientos típicamente relevantes con aquellos fines. Precisamente por ello, esta previsión legal no puede emplearse para justificar una actuación típica en el cumplimiento de un deber. Tal y como señala MIR PUIG, para aplicar el art. 20.7º CP “*no basta con la existencia de cualquier deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado*”⁸⁶³. Así, por ejemplo, el art. 492 LECrim obliga específicamente a que la policía practique una detención en determinados supuestos y, de este modo, justifica la realización del correspondiente tipo delictivo. En cambio, el art. 282 LECrim no impone el deber de lesionar bien jurídico alguno y, por tanto, no justifica ninguna actuación policial típica (por mucho que esté encaminada al esclarecimiento de un delito). Adviértase que, de lo contrario, la justificación contenida en el art. 282 bis.5 LECrim para el agente encubierto resultaría completamente superflua⁸⁶⁴. Al fin y al cabo, todas las conductas típicas que abarca dicha justificación van dirigidas al descubrimiento de otros delitos. Teniendo en cuenta que el art. 282 bis.5 LECrim circunscribe su ámbito aplicativo a las “*investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia*

⁸⁶⁰ STS 493/1992, de 4-3.

⁸⁶¹ Los autores que sostienen esta postura parecen apoyarse en las SSTS de 3-7-1984; 493/1992, de 4-3; 1651/1993, de 2-7. Vid. GARCÍA VALDÉS, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas”, cit., pág. 564; EL MISMO, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, cit., pág. 18; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 335. No obstante, las sentencias a las que aluden no tratan de justificar jurídico-penalmente una actuación típica del agente provocador. Es más, todas ellas se refieren a contribuciones atípicas (compras simuladas de drogas). El problema es que, al tratar de otorgar validez probatoria a los resultados derivados de dichas contribuciones, la jurisprudencia emplea algunas afirmaciones que, sacadas de contexto, parecen sugerir que el art. 282 LECrim justifica determinadas actuaciones típicas de un agente provocador policial. Sin embargo, basta con señalar que todas las sentencias mentadas enjuician la conducta del sujeto provocado (y no la del agente provocador) para advertir que esto no es así.

⁸⁶² MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 91.

⁸⁶³ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 494.

⁸⁶⁴ Vid. *supra* el apartado 8.1.2.4 del capítulo IV.

organizada” y, además, exige que el agente encubierto cumpla un elevado número de requisitos —autorización judicial, proporcionalidad, necesidad, etc.— carecería de sentido que el art. 282 LECrim justificara cualquier comportamiento policial típico por la mera finalidad de esclarecer una infracción previa.

Las únicas actuaciones propias de un agente provocador que pueden quedar justificadas por el cumplimiento de un deber son, precisamente, aquellas que realice un *agente encubierto*⁸⁶⁵. En especial, aquellas que “*sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito*” (art. 282 bis.5 LECrim). Aunque a primera vista parece que el último inciso de este precepto excluye la posibilidad de justificar dicha clase de actuaciones, debe recordarse que la referencia a la “*provocación al delito*” del art. 282 bis.5 LECrim no se corresponde con la definición de agente provocador por la que se ha optado en este trabajo. Tal y como se indicado anteriormente, la alusión del 282 bis.5 LECrim a la “*provocación al delito*” debe entenderse como una concreción de los requisitos de necesidad y proporcionalidad que limitan las conductas típicas del agente encubierto susceptibles de quedar justificadas⁸⁶⁶. De este modo, una “*provocación al delito*” (art. 282 bis.5 LECrim) constituirá una conducta típica innecesaria y/o desproporcionada respecto a las finalidades de la investigación que lleva a cabo el agente encubierto. Más concretamente, un hecho típico que no va dirigido a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones, sino a lograr su castigo *por ese mismo hecho*. Precisamente por ello, el favorecimiento típico de un delito por parte del agente encubierto podrá quedar justificado cuando resulte necesario y proporcionado a las finalidades de su investigación. Esto es, cuando vaya dirigido a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones más graves. Así, por ejemplo:

1) Como condición para integrarse en una organización mafiosa, exigen al agente encubierto que colabore en el hurto de un coche que, posteriormente, tienen planeado emplear para un secuestro. El cometido del agente encubierto se reduce a romper la ventanilla del vehículo y “hacerle el puente” para que otro miembro más experimentado de la organización se apodere de él y lo lleve hasta un garaje. El agente encubierto lleva

⁸⁶⁵ Recuérdese que la noción de agente encubierto designa la cualidad personal del policía que resulta autorizado —en virtud del art. 282 bis LECrim— para llevar a cabo una infiltración policial y, en cambio, el concepto de agente provocador describe una determinada actuación caracterizada por contribuir a que otro cometa un delito con el propósito de obtener su castigo. En tanto que ambos conceptos se mueven en planos distintos, resulta perfectamente posible que un agente encubierto lleve a cabo la actuación propia de un agente provocador.

⁸⁶⁶ Vid. ampliamente sobre ello el apartado 8.1.2.4 del capítulo IV.

a cabo su papel y solamente interviene unos días después para evitar el secuestro; 2) Una vez integrado en la estructura de una organización criminal, el jefe de la banda transmite al agente encubierto una orden delictiva que debe comunicar a un subordinado para que la ejecute. Debido a que el delito que debe ejecutar este último es un robo de escasa gravedad y no transmitir la orden comportaría delatarse, el agente encubierto decide obedecer. Meses después, una vez recopiladas suficientes pruebas incriminatorias sobre los cabecillas de la organización, el agente encubierto procede a su detención por varios homicidios. Aunque en ambos casos el agente encubierto ha favorecido típicamente la comisión de un delito consumado, dicho favorecimiento era necesario para consolidar su infiltración —pues de lo contrario se hubiera delatado— y, además, proporcionado a los fines perseguidos por su investigación —pues las infracciones promovidas tenían una gravedad muy inferior a los delitos que trataban de esclarecerse—. Por ello, las dos actuaciones típicas —propias de un agente provocador— quedarían justificadas en virtud del art. 282 bis.5 LECrim.

Finalmente, conviene señalar que el *agente encubierto informático* también podrá llevar a cabo de forma justificada algunas actuaciones típicas propias de un agente provocador⁸⁶⁷. En particular, cuando sea autorizado a “*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*” (art. 282 bis.6 LECrim) y, a través de dicho intercambio, contribuya de un modo típicamente relevante a la comisión de un delito. Así, de forma paradigmática, cuando envíe material de contenido pedófilo —con el propósito de acceder a un foro de acceso restringido— cuya recepción (dolosa) constituya un delito de tenencia de pornografía infantil (art. 189.5 CP). En esta clase de supuestos, el art. 282 bis.6 LECrim permitirá justificar en el cumplimiento de un deber la realización del correspondiente tipo de difusión de pornografía infantil (art. 189.1 CP). De este modo, la finalidad de descubrir otros delitos —y, a través de ello, obtener el castigo del sujeto provocado— justificará el favorecimiento típico de una infracción en las circunstancias excepcionales que presupone el art. 282 bis.6 LECrim.

⁸⁶⁷ Vid. *supra* el apartado 8.1.3 del capítulo IV.

3. Conclusiones parciales

El propósito de este capítulo era determinar los límites de la responsabilidad penal del agente provocador. Es decir, contestar a la pregunta de ¿cuándo debe responder el agente provocador? Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, el agente provocador deberá responder penalmente por todas aquellas contribuciones al delito del sujeto provocado que pongan en riesgo el bien jurídico atacado por este y, además, no se encuentren amparadas por el art. 282 bis LECrim. Así, por un lado, el riesgo para el bien jurídico protegido determinará la tipicidad de su contribución y, por el otro, la ausencia de una autorización expresa que respalde su actuación impedirá justificarla jurídico-penalmente. De este modo, los dos elementos que delimitarán su responsabilidad serán la afectación del bien jurídico correspondiente y la concurrencia de los requisitos previstos por el art. 282 bis LECrim.

En todo caso, la concreción de las actuaciones de un agente provocador que afectan al bien jurídico protegido —y, por tanto, resultan típicamente relevantes— requiere distinguir entre cuatro modalidades delictivas: tentativas, delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones que atenten contra bienes jurídicos propios. Así, en primer lugar, el favorecimiento de una tentativa pondrá en riesgo el bien jurídico cuando el agente provocador obre con dolo de consumación. En segundo término, la contribución a la consumación de un delito “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado” hará lo propio cuando concurren en el agente provocador los correspondientes elementos subjetivos del injusto. En tercer lugar, el favorecimiento de un delito de peligro abstracto afectará al bien jurídico protegido cuando la conducta del sujeto provocado, además de resultar peligrosa desde su punto de vista *ex ante*, también lo sea desde la perspectiva propia del agente provocador. Finalmente, la contribución del agente provocador nunca podrá afectar a bienes jurídicos que, por ser de su titularidad, no se encuentran protegidos frente a él. En el resto de modalidades típicas —delitos de tendencia interna intensificada, peligro concreto, presunto, etc.— cualquier favorecimiento efectivo de su ejecución afectará necesariamente al bien jurídico protegido y, por tanto, la actuación del agente provocador siempre deberá estimarse típicamente relevante.

Teniendo en cuenta que la actuación del agente provocador no puede quedar justificada en virtud del estado de necesidad (art. 20.5º CP), su responsabilidad deberá abarcar todas las contribuciones típicamente relevantes que no reúnan los requisitos del art. 282 bis LECrim. Es decir, todas aquellas que no hayan sido realizadas por un agente encubierto. De todos modos, la justificación de dichas actuaciones quedará condicionada a su

necesidad y proporcionalidad respecto a los fines de la investigación (art. 282 bis.5 LECrim) o, en el caso del agente encubierto informático, a su expresa autorización por un órgano judicial (art. 282 bis.6 LECrim). En el resto de supuestos, las contribuciones del agente provocador que afecten al bien jurídico protegido deberán comportar su responsabilidad jurídico-penal.

VI. FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO

Antes exponer cuál es el argumento que, desde mi punto vista, puede fundamentar y delimitar satisfactoriamente la impunidad del sujeto provocado —y explicitar la relevancia que tiene la responsabilidad del agente provocador a estos efectos—, conviene poner de manifiesto las razones que impiden suscribir otros argumentos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia. Aunque algunos de ellos ya han sido apuntados al examinar las correspondientes construcciones jurisprudenciales —delito provocado, *entrapment*, *unzulässige Tatprovokation*, etc.— las críticas que se han dirigido a los mismos en la primera parte de este trabajo no trataban de cuestionar su validez en abstracto, sino únicamente su capacidad para explicar los concretos límites de dichas construcciones. Ahora, en cambio, se intentarán rebatir sus presupuestos. De este modo, no se presumirá una determinada delimitación de la impunidad del sujeto provocado para, a continuación, rechazar que un argumento u otro pueda fundamentarla. En su lugar, se partirá del propio argumento y, a través de su análisis crítico, se mostrarán los motivos que impiden emplearlo para fundamentar y delimitar adecuadamente la impunidad del sujeto provocado.

En cualquier caso, todos los argumentos que serán expuestos a continuación responden de un modo diferente a la cuestión de ¿por qué algunas actuaciones del agente provocador deberían comportar la impunidad del sujeto provocado? Obviamente, ello implica que también contesten de forma diversa a la pregunta de ¿cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado? Al fin y al cabo, cada fundamentación de la impunidad del sujeto provocado (el porqué) determina una delimitación distinta de su contenido (el cuándo). Con el propósito de ilustrar esto último, tras el examen crítico de los mentados argumentos se esbozarán los límites de la impunidad del sujeto provocado que deberían derivarse del desarrollo coherente de sus premisas.

1. El argumento de la voluntariedad

Bajo la denominación del “argumento de la voluntariedad” se engloban diferentes fundamentaciones que tienen en común sustentar la impunidad del sujeto provocado en la falta de voluntariedad de su conducta⁸⁶⁸. No obstante, en cada una de las versiones de este argumento se emplea el término “voluntariedad” en un sentido distinto y que, en ocasiones, poco tiene que ver con el significado con que usualmente se le otorga en la dogmática jurídico-penal. A pesar de ello, todas las variantes coinciden en condicionar la absolución del sujeto provocado a que su resolución delictiva traiga causa de una *incitación* del agente provocador y, por ello, aquí se ha estimado conveniente tratarlas conjuntamente.

La versión más amplia de este argumento la ofrece el Tribunal Supremo español en sus primeras sentencias sobre el delito provocado. En esas resoluciones, afirma que el sujeto provocado no debe ser castigado cuando es incitado a delinquir porque, en estos casos, su decisión no surge libre y espontáneamente. Al no haber realizado la acción por su propia iniciativa, el sujeto provocado no estaría actuando de forma voluntaria⁸⁶⁹. Así, la STS de 27-06-1967 afirma que la incitación de un agente provocador es “*contraria a la espontaneidad de la libertad personal*”. En base a ello, llega a la conclusión de absolver al sujeto provocado aduciendo 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*

⁸⁶⁸ Probablemente, el lenguaje empleado por el Tribunal Supremo norteamericano para describir el *entrapment* ha favorecido esta clase de argumentaciones. Así en *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 442 (1932) se afirma que concurre *entrapment* cuando “*el plan delictivo se origina con los funcionarios del gobierno, y se implanta en la mente de una persona inocente la disposición a cometer el delito, induciendo a su comisión con el fin de poderla procesar*”. La referencia a “implantar” la disposición delictiva en una “persona inocente” evoca una suerte de control mental sobre la misma. De este modo, parecería que la incitación del agente provocador estaría privando al sujeto provocado de su capacidad de actuar libremente. En este sentido FEINBERG, *Problems at the Roots of Law*, Oxford University Press, New York, 2003, pág. 59; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 845; CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, *Virginia Law Review*, vol. 93, núm. 4, 2007, pág. 1096.

⁸⁶⁹ En este sentido, la STS 2431/1993, de 3-11, señala que “*el art. 1.º del Código Penal, sobre todo después de la reforma del año 1983, exige como requisito esencial de todo delito o falta el elemento culpabilístico del dolo o la culpa, es decir, de que la acción se realice de manera voluntaria, de tal manera que si esa voluntad está viciada desde el principio hemos de entenderla como inexistente y, por ende, no puede hablarse de acción delictiva, aunque los resultados que con ella se produzcan así lo aparenten. Es decir, hay una base legislativa concreta que, aunque de aplicación genérica (como conformadora de la parte general del Código) de la que se infiere con claridad que ante la inexistencia de voluntad delictiva o cuando esa voluntad está seriamente viciada por circunstancias ajenas al autor del hecho, la acción encausada no puede ser objeto de condena*”. De forma similar, NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 156, indican que “*el sujeto provocado actúa sin libertad, porque el injusto nace por la maquinación del agente provocador*”.

*manifestación de una resolución delictual espontánea*⁸⁷⁰. Adviértase que, de este modo, el Tribunal Supremo equipara “voluntariedad” con “espontaneidad”. El sujeto provocado no actuaría voluntariamente porque su resolución delictiva, al traer causa de la incitación del agente provocador, no habría sido espontánea.

No resulta difícil apreciar lo insostenible de esta argumentación. Si el sujeto provocado, por haber sido incitado por un agente provocador, obra sin la voluntariedad necesaria para realizar un tipo delictivo, cualquier sujeto inducido obraría sin dicha voluntariedad⁸⁷¹. Ello comportaría que nunca se pudiera castigar a un sujeto inducido y, por tanto —en virtud del principio de accesoriadad limitada de la participación— tampoco a ningún inductor. En este sentido, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una figura como la inducción (art. 28 CP) presupone que la “espontaneidad” de la resolución delictiva no constituye un requisito típico. De lo contrario todo inductor sería un autor mediato.

Una versión más restringida del argumento de la voluntariedad limitaría la impunidad del sujeto provocado a los casos en que resulta incitado por un agente estatal. Así, por ejemplo, en un artículo muy citado por la doctrina norteamericana, se fundamenta dicha restricción en base a la necesidad de prevenir falsas alegaciones y defensas artificiales⁸⁷². De este modo, se asumiría que los sujetos incitados por particulares son igual de

⁸⁷⁰ Tal y como indica RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pág. 127, las ideas que se plasman en esta sentencia proceden literalmente de LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo: síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal*, Hispano Europea, Barcelona, 1964, pág. 82.

⁸⁷¹ La única diferencia entre la incitación del agente provocador y la que puede llevar a cabo cualquier otro sujeto es que el primero persigue el castigo del autor. Normalmente ello implica que el agente provocador engañe al sujeto provocado, al menos, sobre sus intenciones. De lo contrario raramente conseguiría su objetivo. Pues bien, en alguna sentencia parece inferirse que dicho engaño tiene alguna clase de incidencia en la voluntariedad de la conducta del sujeto provocado. Así, en la STS de 18-6-1985 se afirma que en el delito provocado “*domina la inducción a error al sujeto activo de la infracción, con menoscabo tanto de su libre iniciativa como de su voluntariedad a la acción constitutiva del delito*”. De este modo, parecería que el sujeto provocado no obra voluntariamente porque ha sido engañado. Sin embargo, en tanto que dicho engaño no va referido a ningún elemento típico, el error del sujeto provocado debe estimarse irrelevante. En este sentido, el sujeto provocado sabe que está cometiendo un delito, aunque yerre acerca de las intenciones que persigue su instigador. Por ello, la voluntariedad de su acción no se ve menoscabada por el engaño del agente provocador. Vid. FEINBERG, *Problems at the Roots of Law*, cit., pág. 57; NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pág. 179. Además, adviértase que esta clase de engaños también pueden darse en otras incitaciones —por ejemplo, prometiendo al sicario una recompensa que nunca se le entregará— sin que ello comporte ninguna merma en la responsabilidad del autor.

⁸⁷² PARK, “The Entrapment Controversy”, cit., pág. 242, afirmando que, por ejemplo, un acusado podría alegar que ha sido inducido por un particular que se encuentra en paradero desconocido para descargarse de responsabilidad. En cambio —según este autor— al limitar la impunidad a las inducciones estatales, se asegura que en el juicio pueda existir contradicción a través de la declaración del funcionario público que ha llevado a cabo la instigación.

“inocentes” que aquellos instigados por agentes policiales, aunque solamente se absolviera a estos últimos por razones pragmáticas⁸⁷³. Esta limitación se apoyaría en la configuración del error de prohibición en el derecho norteamericano, que solo puede ser apreciado cuando trae causa de una indicación (sobre la legalidad de la conducta) realizada por un funcionario público⁸⁷⁴. No obstante, esta clase de restricciones “pragmáticas” son completamente ajenas a nuestro ordenamiento jurídico y, además, ni siquiera está claro que en el sistema norteamericano cumplan la referida función de evitar defensas infundadas o artificiales⁸⁷⁵. Asimismo, el presupuesto de esta limitación —los sujetos incitados (en general) no son culpables— no tiene ningún tipo de fundamento⁸⁷⁶.

A consecuencias similares llega VON DANWITZ, aunque por vías completamente diferentes. Este autor considera que las incitaciones estatales, a diferencia del resto de inducciones, vulneran la autonomía del sujeto provocado, pues concibe dicha autonomía como una pretensión de libertad del ciudadano respecto a la influencia del Estado⁸⁷⁷. Dicha vulneración —según VON DANWITZ— comporta la pérdida del marco de libertad que se le presupone a dicho sujeto⁸⁷⁸ y, por ello, su conducta no podría estimarse típicamente relevante⁸⁷⁹. Sin embargo, aunque la referencia a la autonomía del ciudadano ante las injerencias del Estado puede explicar por qué las incitaciones estatales tienen un significado diferente a las que son llevadas a cabo por particulares⁸⁸⁰, derivar

⁸⁷³ Tal y como indica MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 96, núm. 3, 2005, pág. 124, esto supondría admitir que existe un número elevadísimo de “inocentes” que han sido castigados por simples motivos “pragmáticos”.

⁸⁷⁴ Esta institución suele denominarse “*entrapment by estoppel*” y, en el *Model Penal Code*, comparte ubicación con el *entrapment*: “*un oficial del orden público o persona que actúe en cooperación con tal oficial comete un entrapamiento si con el propósito de obtener evidencia de la comisión de un delito, induce o ayuda a otra persona a incurrir en una conducta constitutiva de tal delito ya sea por (...) haber realizado conscientemente actos o afirmaciones con la intención de inducir la creencia de que tal conducta no está prohibida*”. *Model Penal Code* § 2.13.3 (1985). Traducción literal tomada de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, cit., pág. 245.

⁸⁷⁵ Críticamente DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 845; CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1096. Además, MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 124, señala que el riesgo de defensas artificiales y falsos alegatos también concurre en el estado de necesidad (“*duress*”) y muchas otras eximentes, sin que ello comporte su supresión o limitación a situaciones en las que hay un agente estatal implicado.

⁸⁷⁶ PARK, “The Entrapment Controversy”, cit., pág. 240, ni siquiera ofrece una explicación a este punto por considerarlo demasiado obvio.

⁸⁷⁷ VON DANWITZ, *Staatliche Straftatbeteiligung*, cit., pág. 222.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, pág. 224.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, pág. 226, afirmando más adelante que la conducta del sujeto provocado en estos casos no pone en duda la vigencia de la norma. En el mismo sentido VON DANWITZ, “Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität”, *StV*, núm. 8, 1995, pág. 436.

⁸⁸⁰ Ampliamente KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 40. También CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1083. Ambos autores vinculan dicha pretensión de libertad respecto a las injerencias del Estado con el principio del Derecho penal del hecho. En virtud de este principio, los ciudadanos tendrían garantizada una esfera de libertad que solo podría ser traspasada por el Estado cuando se realiza un hecho punible. En este sentido,

directamente de la vulneración de dicha autonomía la pérdida del ámbito de libertad que presupone la realización de una conducta típica parece a todas luces excesivo⁸⁸¹.

Por otro lado, YAFFE plantea una versión del argumento de la voluntariedad, que se asienta sobre premisas sustancialmente diferentes a las que sostienen las fundamentaciones anteriores. El presupuesto de este autor es que el Estado tiene medios (casi) ilimitados para lograr que un sujeto delinca⁸⁸². En este sentido, puede permitirse tentar indefinidamente al sujeto provocado hasta que consiga hacerlo delinquir. Si el sujeto provocado rechaza una incitación, el Estado intentará tentarlo con otra y, aunque la vuelva a rechazar, podrá seguir insistiendo indefinidamente hasta alcanzar su objetivo⁸⁸³. Así, haciendo una analogía con un misil teledirigido, el Estado podría perseguir al sujeto provocado con una incitación tras otra hasta encontrar el “precio adecuado” para persuadirlo⁸⁸⁴. De esta forma —concluye YAFFE— el delito devendría inevitable⁸⁸⁵. Desde el momento en que el Estado se lo propone, el sujeto provocado no tendría una posibilidad efectiva de decidir “no delinquir”, pues cualquier cadena de acontecimientos conduciría en última instancia al delio. Por ello, en tanto que todos los procesos deliberativos posibles del sujeto provocado desembocan en el delito, su acción no debería ser considerada “voluntaria”. Ello fundamentaría que la impunidad del sujeto provocado quedara reducida a las incitaciones estatales⁸⁸⁶.

El razonamiento de YAFFE se encuentra muy influido por el famoso caso de Jacobson⁸⁸⁷, en el que agentes del FBI estuvieron instigando a dicho sujeto para que delinquiera durante más de dos años y medio⁸⁸⁸. Jacobson había adquirido pornografía infantil unos años antes de que su tenencia fuera ilegal y, por ello, su nombre constaba en un registro al que tuvo acceso la policía. A raíz de ello, le fueron enviando ininterrumpidamente a su domicilio catálogos de falsas empresas que ofrecían esa clase de pornografía. Además, también le estuvieron remitiendo publicidad de *lobbys* favorables a la legalización de estas revistas.

CARLSON afirma que las incitaciones estatales infringirían precisamente aquello que el principio del hecho está llamado a garantizar. De forma similar, KELLER considera que esta clase de incitaciones constituyen un contraprograma del Derecho penal del hecho. No obstante, ninguno de estos dos autores considera —como hace VON DANWITZ— que dichas incitaciones nieguen la relevancia típica de la conducta del sujeto provocado.

⁸⁸¹ DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, cit., pág. 118.

⁸⁸² YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 34.

⁸⁸³ *Ibidem*, pág. 35.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, pág. 34.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, pág. 43.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pág. 40, aunque finalmente reconoce que dicha limitación es contingente y que, si se diera el caso de un particular con intenciones y recursos similares a los que presupone al Estado, también debería absolverse al sujeto provocado.

⁸⁸⁷ *Jacobson v. U.S.*, 503 U. S. (1992).

⁸⁸⁸ YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 17.

Así, después de muchos intentos fallidos, finalmente la policía logró que Jacobson encargara una revista de contenido ilícito y, tras ello, fue detenido por el correspondiente delito. Finalmente, el caso llegó al Tribunal Supremo estadounidense, que apreció *entrapment* y absolvió al sujeto.

Aunque la propuesta de YAFFE resulta sugerente, su planteamiento se asienta sobre una premisa que no puede ser compartida. Esta es, que toda incitación estatal al delito va acompañada de la voluntad de persistir indefinidamente en ella hasta encontrar las circunstancias adecuadas que hagan delinquir al sujeto provocado. Esto no se corresponde con la realidad. La mayoría de incitaciones de agentes policiales se agotan en sí mismas⁸⁸⁹. Casos como el de Jacobson son más bien extraordinarios. No hay nada en una incitación policial que presuponga que, en caso de fracasar, será repetida sucesivamente hasta lograr su objetivo. Por ello, no puede sostenerse que *toda* incitación policial conduzca inevitablemente al delito. Para ser coherente, el argumento de YAFFE debería circunscribirse a un número muy reducido de incitaciones: aquellas que efectivamente van acompañadas de la voluntad del Estado de persistir una y otra vez en ellas hasta conseguir que el sujeto provocado delinca. Pero, incluso en estos casos, difícilmente podría decirse que el delito resulta inevitable. Nada impide que el sujeto provocado rechace una y otra vez las tentaciones que se le ofrecen. Además, los recursos del Estado (y la paciencia de la policía) no son ilimitados⁸⁹⁰. Aunque se admitiera que “todo el mundo tiene un precio”⁸⁹¹, esto es, que cualquiera cometería un delito en las circunstancias adecuadas —por extrañas o inverosímiles que sean— nada asegura que el Estado, si se lo propone, fuera *inevitablemente* a dar con ellas.

Por último, algunos autores norteamericanos parecen sugerir una variante del argumento de la voluntariedad que limitaría sus efectos a las incitaciones “excesivamente tentadoras”⁸⁹². Esto es, a aquellas ofertas al delito que una persona media no pudiera

⁸⁸⁹ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 115.

⁸⁹⁰ CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1111.

⁸⁹¹ KATZ, *Bad Acts and Guilty Minds*, University of Chicago Press, Chicago, 1987, pág. 160, y FEINBERG, *Problems at the Roots of Law*, cit., pág. 62, insisten en esta idea, para sugerir que el fundamento del *entrapment* tiene que ver con la posibilidad de que el Estado, si se empeña en ello, pueda conseguir que cualquiera delinca. No obstante, para ilustrar este punto, tanto KATZ como FEINBERG recurren a ejemplos en los que, como mínimo, concurre una situación de estado de necesidad en el sujeto provocado. Además, en última instancia, su planteamiento supone negar el libre albedrío, al reducir a una cuestión de suerte moral el hecho de que alguien acabe delinquiendo.

⁸⁹² HUGHES, “What is wrong with entrapment?”, *The Southern Journal of Philosophy*, núm. 42, 2004, pág. 50; TUNICK, “Entrapment and Retributive Theory”, cit., pág. 183. Vid. también al respecto SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 132; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 849; CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1109

resistir⁸⁹³. En estos casos, la voluntad delictiva del sujeto provocado se vería “coaccionada” por el impacto de la oferta del agente provocador y, por ello, no resultaría exigible que se comportara conforme a derecho⁸⁹⁴. No obstante, este argumento se basa en una equiparación insostenible entre “ofertas” y “amenazas”. Al contrario que las amenazas, las ofertas no limitan la libertad de su destinatario⁸⁹⁵. En este sentido, no “coaccionan” la voluntad del sujeto provocado⁸⁹⁶. Además, por mucho que algunas ofertas puedan ser más persuasivas que una amenaza⁸⁹⁷, solamente *ciertas* amenazas pueden excusar el comportamiento delictivo del sujeto provocado. En concreto, aquellas en las que el mal anunciado coloque al sujeto provocado en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable. Únicamente en estos casos resulta inexigible que el sujeto provocado se comporte conforme a derecho⁸⁹⁸. En cambio, con independencia de la fuerza persuasiva de una oferta para cometer un delito, siempre resultará exigible que el sujeto provocado la rechace⁸⁹⁹. Por muy suculenta que sea la recompensa ofrecida por el agente provocador, esta nunca podrá constituir un motivo para exculpar al sujeto provocado⁹⁰⁰.

⁸⁹³ DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 849.

⁸⁹⁴ HUGHES, “What is wrong with entrapment?”, cit., pág. 50, afirmando que mediante una tentación irresistible se compele al sujeto provocado al delito de la misma manera que si se le apuntara con una pistola a la cabeza.

⁸⁹⁵ En este sentido, SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 133, afirma que una oferta amplía el ámbito de elecciones posibles del sujeto que la recibe. Por el contrario, una amenaza lo reduce.

⁸⁹⁶ SINN/MALY, “Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation“, cit., pág. 382.

⁸⁹⁷ LESS, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, cit., pág. 50.

⁸⁹⁸ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 119.

⁸⁹⁹ Salvo, obviamente, que el sujeto provocado ya se encuentre previamente en una situación de estado de necesidad y aceptar la oferta del agente provocador sea el único modo de evitar el mal que se cierne sobre él.

⁹⁰⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 177, indica que lo determinante en las causas de exculpación no es la intensidad de la coacción psíquica que se deriva de los motivos del sujeto (que, como máximo, podría fundamentar la inimputabilidad por trastorno mental transitorio si se llega a ese límite) sino la valoración objetiva que merecen dichos motivos. De este modo, SILVA SÁNCHEZ supedita la decisión de exculpación a un juicio social que tenga fundamentalmente en cuenta el contenido de los motivos concurrentes. Aunque una recompensa exorbitada ofrecida por el agente provocador pueda suponer una motivación de intensidad comparable a la de algunas situaciones que fundamentarían un estado de necesidad (por ejemplo, una en que el mal recaiga sobre un tercero) la valoración que merece dicha motivación nunca permitiría exculpar la conducta del sujeto provocado. El sujeto provocado no estaría motivado por evitar un mal, sino por conseguir (de forma egoísta) un bien para sí mismo. Si, como indica VARONA GÓMEZ, “El miedo insuperable: ¿Una eximente necesaria?”, RDPC, núm. 7, pág. 163, las causas de exculpación apelan a un sentimiento de compasión derivado de los motivos del autor, el sujeto provocado que actúa guiado por una recompensa (por exorbitada que sea) no despierta ninguna clase de compasión. Con independencia de la incidencia que tenga la recompensa en su psique, el contenido de dicha motivación no permitiría fundamentar en ningún caso la

En definitiva, ninguna de las variantes del argumento de la voluntariedad puede ser compartida. La incitación del agente provocador únicamente comportará la impunidad del sujeto provocado cuando cause en él un error de tipo (o de prohibición) o lo someta a una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable. En el resto de casos, por muy persistente o persuasiva que sea la incitación y, aunque esta provenga del Estado, el sujeto provocado actuará de forma voluntaria y penalmente relevante.

Adviértase que el argumento de la voluntariedad, en cualquiera de sus variantes, delimita la impunidad del sujeto provocado únicamente a partir de la incitación del agente provocador y (en algunos casos) de la condición estatal que este último ostenta. De esta manera, deja totalmente al margen consideraciones acerca de la lesividad de su conducta. Así, un desarrollo coherente de mismo comportaría que el sujeto provocado fuera absuelto aunque hubiera consumado un delito de homicidio o de lesiones contra un tercero que nada tuviera que ver con el agente provocador⁹⁰¹.

exculpación del sujeto provocado. En una dirección parecida DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 852.

⁹⁰¹ VON DANWITZ, *Staatliche Straftatbeteiligun*, cit., pág. 234, parece conformarse con esta conclusión en tanto que, según su planteamiento, sería posible castigar al agente provocador como autor mediato de dichos delitos.

2. El argumento de la peligrosidad

El argumento de la peligrosidad ha sido sostenido básicamente por la jurisprudencia española y la doctrina norteamericana⁹⁰². Este fundamento podría sintetizarse del siguiente modo: en aquellos supuestos en que el agente provocador ha tomado las medidas oportunas para evitar que el bien jurídico pueda ser lesionado, el sujeto provocado debería ser absuelto porque *su conducta no es peligrosa*. En tanto que el Derecho penal únicamente debe castigar comportamientos que pongan en riesgo algún bien jurídico, el sujeto provocado debería permanecer impune cuando la intervención del agente provocador haya anulado la peligrosidad de su conducta. Así, por ejemplo, cuando el agente provocador hace de señuelo, haciéndose pasar por una víctima propicia para ser atracada, el robo que trata de realizar el sujeto provocado nunca podrá consumarse⁹⁰³. Del mismo modo, en una compra simulada de drogas, las sustancias estupefacientes solicitadas por el agente provocador no podrán llegar a manos de los consumidores y, por tanto, afectar a la salud pública⁹⁰⁴. En todos estos supuestos, “*de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico*”⁹⁰⁵. El delito que intenta realizar el sujeto provocado “*no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial*”⁹⁰⁶. Por ello, la falta de peligrosidad de su conducta debería determinar la absolución del sujeto provocado⁹⁰⁷.

Según el Tribunal Supremo español, en estos casos la actuación del sujeto provocado “*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, preconstituída, 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*”⁹⁰⁸. De esta forma,

⁹⁰² CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1061; DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, Ratio, vol. 23, núm. 2, pág. 135; TUNICK, “Entrapment and Retributive Theory”, en *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press, New York, 2011, pág. 175. No obstante, vid. también en la doctrina alemana SCHÜNEMANN, “Der polizeiliche Lockspitzel –Kontroverse ohne Ende?“, StV, 1985, pág. 492.

⁹⁰³ TUNICK, “Entrapment and Retributive Theory”, cit., pág. 176.

⁹⁰⁴ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1061, haciendo expresa referencia a los supuestos de compras simuladas de drogas en los que participan agentes provocadores en ambos extremos de la transacción. Es decir, por un lado, solicitando la droga al sujeto provocado y, por el otro, proporcionándosela para que pueda vendérsela al primero.

⁹⁰⁵ STS de 3-07-1984.

⁹⁰⁶ STS 395/2014, de 13-5.

⁹⁰⁷ De este modo, tal y como indica DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 135, la absolución del sujeto provocado no traería causa de la exculpación de su conducta, o de un impedimento para juzgarla, sino de la negación de un elemento crucial del delito.

⁹⁰⁸ STS de 20-2-1973.

nuestra jurisprudencia equipara la conducta “no peligrosa” del sujeto provocado con un delito putativo o una tentativa inidónea⁹⁰⁹. Veamos por separado si la estructura de alguna de estas dos figuras —que tienen presupuestos y consecuencias diferentes— coincide con la propia del comportamiento del sujeto provocado en estos casos.

El *delito putativo* consiste en la realización de un hecho no penado por la ley creyendo su autor erróneamente que sí lo está. Se trata de un error de prohibición al revés⁹¹⁰. Así, por ejemplo, quien lleva a cabo adulterio pensando que constituye una infracción penal realiza un delito putativo, como tal, impune. Pues bien, parece evidente que la conducta “no peligrosa” del sujeto provocado no encaja en esta estructura. El sujeto provocado no cree erróneamente que su conducta esté penalmente prohibida, porque efectivamente lo ésta. El sujeto provocado yerra sobre la peligrosidad de su acción para el bien jurídico protegido —piensa que es idónea para lesionarlo cuando en realidad no lo es— pero no sobre la prohibición penal de su acción. Quien intenta atracar a un policía perfectamente preparado para repeler su agresión no cree erróneamente que su conducta esté prohibida, pues efectivamente lo está. Lo único que desconoce es la incapacidad de su acción para lesionar el bien jurídico (en este caso, apropiarse de las pertenencias del agente provocador). Lo mismo ocurre cuando alguien le vende drogas a un agente provocador. Aquí el sujeto provocado no cree erróneamente que vender drogas sea delictivo, dado que vender drogas es delictivo. Su error va referido exclusivamente a la idoneidad que tiene dicha transacción para afectar a la salud pública.

En cambio, la equiparación de la conducta “no peligrosa” del sujeto provocado con la *tentativa inidónea* parece más acertada. La doctrina dominante considera inidónea toda tentativa *ex ante* peligrosa para el hombre medio en la posición (o desde la perspectiva) del autor, pero no para otros que contemplaran el hecho *ex ante* adoptando otras perspectivas u ocupando posiciones distintas⁹¹¹. Así, por ejemplo, quien intenta disparar

⁹⁰⁹ La referencia al “delito aparente” está vacía de contenido, pues no es una categoría propia de nuestro sistema jurídico-penal. Críticamente RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pág. 133; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 119.

⁹¹⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 367.

⁹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, en *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 129. En cambio, tal y como indica SILVA SÁNCHEZ, un sector minoritario de autores integrados en corrientes subjetivistas sostienen un concepto de inidoneidad diferente, según el cual serían tentativas inidóneas aquellas en las que un espectador objetivo medio *en la posición del autor* apreciaría *ex ante* la ausencia de peligrosidad. En todo caso, se trata de una mera cuestión terminológica, pues el concepto de “tentativa inidónea” que maneja esta sector doctrinal coincide con aquello que la doctrina mayoritaria denomina “tentativa irreal” y, tanto los unos como los otros, consideran que estas últimas son impunes. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 121 y ss.; MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, REPC, núm. 3, 2001, págs. 1 y ss.

un arma sobre alguien, desconociendo que minutos antes ha sido descargada por un tercero, lleva a cabo una tentativa inidónea. Aunque *ex ante* el hombre medio en la posición del autor —desconociendo que alguien había descargado la pistola— considerara peligrosa la acción de apretar el gatillo, el tercero que minutos antes había vaciado el cargador sabría perfectamente que dicha acción no podía lograr la consumación. La única diferencia entre la tentativa inidónea y la idónea es que, en esta última, la razón por la que la tentativa falla no era cognoscible *ex ante*⁹¹². Esto es, en las tentativas idóneas, aun teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego, *ex post*, se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer *ex ante*, nadie habría afirmado que el intento era incapaz desde un principio de llegar a la consumación⁹¹³. Por ejemplo, si el autor no consigue dar en el blanco porque la víctima tropieza en el momento inmediatamente anterior a ser alcanzada por la bala, la tentativa será idónea⁹¹⁴. A diferencia del ejemplo anterior, aquí nadie hubiera podido pronosticar *ex ante* que el intento fallaría. Solamente un espectador omnisciente podría detectar su incapacidad para producir el resultado⁹¹⁵.

Pues bien, en aquellos supuestos en que el agente provocador ha tomado las medidas oportunas para evitar que el bien jurídico pueda ser lesionado, la conducta del sujeto provocado tiene la misma estructura que una tentativa inidónea. Desde la perspectiva *ex ante* del sujeto provocado —que desconoce que el agente provocador ha tomado las medidas necesarias para evitarlo— su acción es intersubjetivamente peligrosa para el bien jurídico. No obstante, si se toman en cuenta todos los elementos de la situación que *ex ante* el sujeto provocado hubiera podido conocer —en concreto, las medidas adoptadas por el agente provocador y/o su intención de detenerlo— su conducta aparecería como incapaz desde un principio de lesionar el bien jurídico. Así, cuando el sujeto provocado esgrime una navaja para exigir que el agente provocador le entregue su cartera, desconociendo que se está dirigiendo a un policía armado, su acción es indudablemente peligrosa desde la perspectiva *ex ante* del primero, pero no desde la del segundo. Si el sujeto provocado hubiera sabido lo que conocía el agente provocador, cualquier persona

⁹¹² MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹¹³ *Ibidem*.

⁹¹⁴ BAGES SANTACANA, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 81.

⁹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, cit., pág. 125. Desde el punto de vista del espectador omnisciente solo rigen los conceptos de necesidad e imposibilidad y, por ello, desde su perspectiva toda tentativa es por definición incapaz de producir el resultado. En el mismo sentido DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, pág. 844.

situada en su lugar habría considerado inviable el plan de ejecución⁹¹⁶. *Solo en este sentido su conducta no es peligrosa para el bien jurídico*. La “no peligrosidad” de la conducta del sujeto provocado es la propia de las tentativas inidóneas. En concreto, no peligrosidad *ex ante* teniendo en cuenta todo lo cognoscible en ese momento.

Sin embargo, la equiparación de la conducta del sujeto provocado con la tentativa inidónea no representa un buen argumento —más bien todo lo contrario— para fundamentar su impunidad. El propio Tribunal Supremo ha afirmado que *“la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado”*⁹¹⁷. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante consideran que las tentativas inidóneas son punibles⁹¹⁸. El Código penal exige en su artículo 16 que los actos propios de una tentativa *objetivamente* deberían producir el resultado. Este requisito ha sido interpretado mayoritariamente como una exigencia de peligrosidad intersubjetiva *ex ante* desde el punto de vista del autor. Esto incluye, como se ha visto, tanto tentativas idóneas como inidóneas. Para que una conducta pueda ser castigada como tentativa basta con que, desde el punto de vista *ex ante*, para cualquier espectador medio *con los conocimientos del autor*, el intento fuera apto para producir el resultado. Con ello ya puede afirmarse que se ha puesto en peligro un bien jurídico-penal y, por tanto, considerarse legítima, desde el

⁹¹⁶ En este sentido CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1061 afirma que un observador que tuviera total conocimiento de la implicación del agente provocador percibiría perfectamente que el comportamiento del sujeto provocado no supone una amenaza para los intereses protegidos.

⁹¹⁷ STS 2122/2002, de 20-1. Aunque tras la aprobación del Código penal del 1995 la jurisprudencia vaciló en alguna ocasión (STS de 28-5-1999) en la actualidad puede considerarse totalmente consolidada la postura que considera punibles las tentativas inidóneas. Vid. SSTs de 21-06-1999; 379/2000, de 13-3; 1124/2001; de 13-6; 1250/2002, de 5-7; 1100/2011, de 27-10; 294/2012, de 26-4. En la reciente STS 139/2018, de 22-3, se resume con especial claridad este posicionamiento: *“ante la cuestión de si tras la reforma CP. 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos (...) Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo (...) Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa”*.

⁹¹⁸ Vid. SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito*, Comares, Granada 1996, pág. 232; SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, cit., pág. 127; MORENO-TORRES HERRERA, *La tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 390; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, Comares, Granada, 2000, pág. 473; MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

punto de vista de la lesividad u ofensividad, la intervención del Derecho penal⁹¹⁹. De este modo, las únicas tentativas que quedarían al margen del castigo serían las irreales o supersticiosas. Es decir, aquellas en las que *ex ante* un espectador objetivo con los conocimientos del autor hubiera estimado inadecuadas para producir el resultado.

Si las tentativas inidóneas son punibles, equiparar la conducta “no peligrosa” del sujeto provocado con una tentativa inidónea no representa un buen argumento para fundamentar su impunidad. En este sentido, el argumento de la peligrosidad pende de una premisa que, al menos en la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria española no comparte. Esta es, que la peligrosidad jurídico-penalmente relevante se determina a través de un juicio *ex ante* que tiene en cuenta *todo lo cognoscible en ese momento*. Es decir, que el Derecho penal solo debe castigar conductas que un espectador objetivo, dotado de todos los conocimientos que *ex post* se demuestra que alguna persona habría podido conocer *ex ante*, hubiera considerado peligrosas para el bien jurídico protegido⁹²⁰. Solo si esto es así, cuando el agente el agente provocador haya tomado las medidas oportunas para evitar la lesión del bien jurídico, podrá decirse que la conducta del sujeto provocado no es peligrosa y, por tanto, no debe ser castigada. En tanto que el agente provocador fuera consciente de que la conducta del sujeto provocado no resulta peligrosa, la ausencia de peligrosidad ya sería cognoscible *ex ante* y, en consecuencia, este último debería quedar impune. Adviértase que, desde esta perspectiva, un acontecimiento no puede ser considerado “peligroso” y “no peligroso” al mismo tiempo por sujetos distintos, aunque dispongan de información desigual sobre este. Desde el momento en que el pronóstico de peligrosidad se realiza a partir de todo lo cognoscible *ex ante*, un hecho es “peligroso” o “no peligroso” para todo el mundo, con independencia del mayor o menor conocimiento que tenga cada uno sobre las circunstancias del mismo. Por ello, la conducta del sujeto provocado nunca podrá ser considerada peligrosa (y por tanto punible) si el agente provocador sabe que no lo es.

También debería llegarse a la misma conclusión si la peligrosidad que resulta jurídico-penalmente relevante se determina *ex post*. Es decir, si el punto de vista que se emplea para calificar una conducta como peligrosa toma en cuenta todos los elementos del intento que llegan a conocerse *ex post* (y no solo aquellos que eran cognoscibles *ex ante*). Como resulta evidente, si el agente provocador ha tomado las medidas necesarias para evitar la lesión, la conducta del sujeto provocado no resultará *ex post* peligrosa, pues teniendo en cuenta dichas medidas la peligrosidad desaparece. No obstante, asumir este punto de vista llevaría

⁹¹⁹ MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹²⁰En este sentido NÚÑEZ PAZ, “Delito intentado e idoneidad en el derecho español”, RP, núm. 14, 2004, pág. 139.

al absurdo de dejar sin contenido posible el concepto de tentativa⁹²¹. En efecto, *ex post* no existen tentativas peligrosas. En la medida en que no han alcanzado consumación, todas las tentativas son realmente “no peligrosas”, pues la no consumación constituye un reflejo de la existencia de un defecto estructural en la ejecución del plan que ha hecho imposible la consumación, por imperceptible que tal defecto resultara *ex ante* para el autor o para un tercero⁹²². Así, si un disparo no consigue matar a la víctima porque un instante antes del impacto un rayo la ha fulminado, *ex post* podría afirmarse perfectamente que dicho disparo no contenía peligro alguno, pues teniendo en cuenta el rayo era imposible que la bala causara la muerte. En este sentido, la formulación de juicios de peligro refleja directamente el desconocimiento humano y es, por tanto, expresión de un problema epistemológico más que de una realidad ontológica⁹²³. Por ello, no tiene sentido hablar de peligro desde una perspectiva *ex post*. Una vez se conocen todas las circunstancias que rodean una conducta —tanto las cognoscibles *ex ante* como las que no— dicha conducta solo puede estimarse idónea si logra su objetivo e inidónea si no lo consigue, pero nunca podrá ser calificada como “peligrosa”.

No obstante, desde el momento en que la peligrosidad jurídico-penalmente relevante se hace depender de un juicio *ex ante* realizado a partir de los conocimientos del autor (y no de todo lo cognoscible en ese momento) la impunidad del sujeto provocado no puede ser fundamentada mediante el argumento de la peligrosidad. Las medidas adoptadas por el agente provocador para evitar la lesión del bien jurídico, en tanto que el sujeto provocado las desconozca, no permiten calificar su conducta como “no peligrosa” y, por tanto, como jurídico-penalmente irrelevante. Si el peligro se determina mediante un juicio intersubjetivo *ex ante* que únicamente toma en cuenta aquello que sabe cada sujeto, un mismo comportamiento puede ser “peligroso” para un sujeto y “no peligroso” para otro que dispone de más información sobre sus circunstancias. En consecuencia, la conducta del sujeto provocado puede ser peligrosa, aunque el agente provocador no la perciba como tal. Así, si el sujeto provocado aprieta el gatillo de un arma que le ha proporcionado el agente provocador, haciéndole creer que dispone de munición cuando en realidad no está cargada, dicha conducta será peligrosa (y punible) para el sujeto provocado pero no para

⁹²¹ MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹²² SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, cit., pág. 125; MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss. Tal como señala este último autor, si un intento no ha producido el resultado es porque objetivamente no podía producirlo, porque algo había en él de defectuoso o inadecuado que ha impedido que alcanzase su objetivo.

⁹²³ SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, cit., pág. 125. Tal y como indica este autor, solo en los casos en que hay intermediación de la libertad humana o en los sectores en los que rige el principio de incertidumbre podría hablarse de que ese peligro (esa probabilidad) es ontológica y no epistemológica. No obstante, desde posiciones deterministas se diría que en tales ámbitos también rigen ontológicamente leyes de necesidad y que, por tanto, el peligro es en todo caso una cuestión de déficit del conocimiento.

el agente provocador. Desde esta perspectiva, las medidas adoptadas por el agente provocador para evitar la lesión del bien jurídico solo serán relevantes para excluir su propia responsabilidad penal y para calificar la tentativa del sujeto provocado como inidónea (con las eventuales repercusiones que ello pueda tener en sede de determinación de la pena)⁹²⁴.

Esta misma noción de peligrosidad es la que impide sostener la impunidad del sujeto provocado que comete un *delito consumado* de *peligro abstracto* en el que el agente provocador ha tomado las medidas necesarias para impedir la lesión del bien jurídico. En efecto, aunque los delitos de peligro abstracto (no así los de peligro presunto⁹²⁵) requieren que la conducta del sujeto activo sea efectivamente peligrosa para el bien jurídico protegido, dicha peligrosidad se determina —al igual que ocurre con la tentativa— *ex ante* a partir de los conocimientos del autor⁹²⁶. A esta clase de peligrosidad es a la que se refiere el Tribunal Supremo cuando afirma, en el ámbito de los delitos contra la salud pública, que la “*configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho Penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo*”⁹²⁷. La peligrosidad que requiere el tipo básico de tráfico de drogas para la salud pública es peligrosidad *ex ante* desde la perspectiva del autor⁹²⁸. Por ello, aunque en una compra simulada de drogas el agente provocador sepa perfectamente que la droga solicitada no llegará a manos de ningún consumidor, el acto de venta que lleva a cabo el sujeto provocado será considerado peligroso, pues desde su punto de vista dicho acto es intersubjetivamente apto para favorecer el consumo ilegal de drogas. En tanto que el sujeto provocado desconozca que la intención de su interlocutor es confiscar la droga y proceder a su detención, el acto de venta realizado deberá ser calificado como peligroso y, por ello, ser castigado como un delito consumado de tráfico de drogas.

⁹²⁴ Bajo estas premisas, la conducta del sujeto provocado únicamente será considerada “no peligrosa” y, por tanto impune, cuando un espectador objetivo con sus conocimientos *ex ante* la hubiera considerado incapaz de producir la lesión del bien jurídico. Esto es, cuando tenga la estructura de una tentativa irreal. De este modo, la impunidad quedará reducida a los insólitos supuestos en que las medidas adoptadas por el agente provocador resulten tan evidentes que cualquier persona media en la posición del sujeto provocado las hubiera advertido.

⁹²⁵ Vid. *supra* el apartado 1.2.3 del capítulo V.

⁹²⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 239. Sobre la identidad estructural entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea vid. MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹²⁷ STS 1441/2000, de 22-9.

⁹²⁸ STS 288/2017, de 20-4.

En materia de tráfico de drogas nuestro Tribunal Supremo ha tratado de delimitar diferentes supuestos de atipicidad⁹²⁹ en los que, a pesar de cumplirse formalmente el omnicompreensivo tipo del 368 CP, no existe peligro para el bien jurídico-penal salud pública⁹³⁰. Así, por ejemplo, aunque adquirir una pequeña cantidad de drogas para compartirla entre un grupo de amigos supone en cierta medida favorecer su consumo ilegal, la jurisprudencia ha considerado que esta clase de conductas no representan un riesgo relevante para la salud pública. Pues bien, debe ponerse de relieve que en estos supuestos la falta de peligrosidad (relevante) para el bien jurídico que comporta su atipicidad se determina *ex ante* desde la perspectiva del autor. Desde el punto de vista del sujeto que adquiere la droga para compartirla, su conducta no resulta *ex ante* intersubjetivamente peligrosa para la salud pública. No es necesario tener en cuenta información adicional a la que dicho sujeto conocía para detectar la ausencia de peligrosidad de su conducta. Precisamente por ello, estos supuestos de atipicidad no son comparables con las compras simuladas de drogas. El sujeto provocado que le vende droga al agente provocador desconoce que su conducta no es peligrosa para salud pública. Desde su posición el acto de venta que realiza es intersubjetivamente peligroso para el bien jurídico. En su conducta concurre un error de tipo al revés⁹³¹ inexistente en el caso del consumo compartido. Únicamente a través de un juicio que tenga en cuenta todo lo cognoscible *ex ante* —en concreto, la intención del agente provocador de confiscar la droga y detenerle— podría decirse que su acción es inofensiva para la salud pública. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, la peligrosidad relevante para esta clase de delitos se determina *ex ante* a partir de los conocimientos del autor. Por ello, al contrario de lo que ocurre con los supuestos de atipicidad referidos, la impunidad del sujeto provocado no puede fundamentarse en base a la falta de peligrosidad de su conducta⁹³².

⁹²⁹ Vid. al respecto DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas de drogas*, cit., págs. 25 y ss.; MARAVER GÓMEZ, “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, cit., págs. 6 y ss.

⁹³⁰ Estos supuestos se clasifican en tres grupos: consumo compartido (SSTS 1441/2000, de 22-9; 493/2015, de 22-7), donaciones a sujetos determinados (SSTS 1088/1996, de 26-12; 1212/2002, de 29-6) y donaciones altruistas (SSTS 985/1998, de 20-7; 98/2005, de 3-2).

⁹³¹ Sobre la estructura del “error de tipo inverso”, que también concurre en todas las tentativas, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 117; SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis”, cit., pág. 125; MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹³² A la misma conclusión debería llegarse si, como hace en ocasiones nuestra jurisprudencia, se exigiera en el delito de tráfico de drogas un especial elemento subjetivo del injusto consistente en tener la intención de afectar a la salud pública: “entendiendo, desde una perspectiva subjetiva, que el delito del art. 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica, intención que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica” (SSTS 1441/2000, de 22-9; 281/2005, de 3-3). Este intento de solucionar el problema en el ámbito subjetivo es inadecuado, ya que lo relevante en estos supuestos de atipicidad no es que el sujeto no pretenda afectar la salud pública, sino que su acción no es *ex ante* intersubjetivamente peligrosa para la misma. Sin embargo,

En definitiva, el hecho de que el agente provocador haya tomado las medidas necesarias para evitar la lesión del bien jurídico, sin que el sujeto provocado lo sepa, no puede fundamentar la impunidad de este último. El sujeto provocado deberá responder en estos casos por la correspondiente tentativa llevada a cabo o, eventualmente, por el delito de peligro abstracto consumado. Aunque el bien jurídico no haya sido lesionado gracias a las medidas adoptadas por el agente provocador, el sujeto provocado deberá ser castigado en tanto que su conducta sea *ex ante* peligrosa para el mismo.

Adviértase que el desarrollo coherente del argumento de la peligrosidad conduciría a negar la punición de todas las tentativas inidóneas y a convertir los tipos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto. En efecto, si la conducta del sujeto provocado no debe ser castigada porque no resulta *ex ante* peligrosa teniendo en cuenta todo lo cognoscible —en concreto, las medidas adoptadas por el agente provocador— todas las conductas que no sean peligrosas desde esa misma perspectiva también deberían quedar impunes⁹³³. En este sentido, el comportamiento “no peligroso” del sujeto provocado no tiene ninguna particularidad respecto de otros comportamientos “no peligrosos”⁹³⁴. Por

si se adoptara esta solución, la acción del sujeto provocado tampoco podría considerarse atípica, dado que efectivamente existiría ese especial ánimo subjetivo tendente a la afectación de la salud pública.

⁹³³ YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 46, nota 15; MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 125.

⁹³⁴ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1066, intenta circunscribir el argumento de la peligrosidad a las incitaciones policiales. Es decir, trata de limitar el ámbito de las conductas “no peligrosas” a aquellas que traen causa de una incitación policial. Para ello, afirma que solo en los casos en que existe implicación policial puede anularse convenientemente el riesgo para los intereses sociales protegidos. Sin embargo, esto no tiene por qué ser así. Aunque sin duda será más frecuente que no se ponga en peligro el bien jurídico tras una incitación policial, no puede excluirse *a priori* que otras conductas estructuralmente idénticas carezcan de esa misma peligrosidad. TUNICK, “Entrapment and Retributive Theory”, cit., pág. 176, en cambio, admite que este argumento debería conducir a la impunidad de los sujetos provocados incitados por particulares (“*private entrapment*”) siempre que se haya controlado por su parte el riesgo de lesión. No obstante, de nuevo, la limitación de la impunidad a las conductas “no peligrosas” que traen causa de una incitación (sea de un particular o de un policía) resulta arbitraria. Si lo determinante es la “no peligrosidad” de la conducta, debería ser indiferente si esta trae causa de una incitación o no. Únicamente la propuesta de SCHÜNEMANN, “Der polizeiliche Lockspitzel – Kontroverse ohne Ende?”, cit., pág. 492, puede limitar convincentemente sus efectos a las incitaciones policiales. Este autor defiende la impunidad del sujeto provocado que realiza una tentativa no peligrosa (inidónea) en base a la teoría de la impresión (“*Eindruckstheorie*”). Según SCHÜNEMANN, la tentativa inidónea que lleva a cabo el sujeto provocado a consecuencia de una incitación policial, a diferencia del resto de tentativas inidóneas, no conmociona la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, la refuerza. En consecuencia, en estos casos (y no en el resto de tentativas inidóneas) la conducta del sujeto provocado debería considerarse atípica por no concurrir en ella el fundamento del castigo de la tentativa. Vid. SCHÜNEMANN, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik“, GA, 1986, pág. 320. No obstante, la postura de este autor solo puede sostenerse si se fundamenta la tentativa en la teoría de la impresión, lo cual resulta poco compatible con la regulación española de esta figura. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 348. Además, resulta dudoso que la tentativa inidónea del sujeto provocado no conmocione la conciencia de la colectividad por haber sido inducida policialmente. En este sentido LIEBERWIRTH, *Die provozierte Tat - ein untauglicher Versuch?*, Diss., Freiburg, 1990, pág. 74.

ello, siempre que la ausencia de peligrosidad de una conducta fuera cognoscible *ex ante* debería procederse a la absolución. De este modo, solo podrían castigarse las tentativas idóneas, pues en las inidóneas, por definición, la ausencia de peligrosidad es cognoscible *ex ante*. Además, los tipos de peligro abstracto solo podrían ser aplicados cuando la conducta típica resultara peligrosa teniendo en cuenta todo lo cognoscible *ex ante*. Es decir, cuando se produjera un “resultado de peligro”⁹³⁵. De esta forma, se equipararía la estructura del peligro abstracto con la del peligro concreto.

Bajo estos presupuestos, el agente provocador y el sujeto provocado siempre deberían correr la misma suerte⁹³⁶. En todos los casos en los que el agente provocador resultara impune —por no favorecer desde su perspectiva la puesta en peligro del bien jurídico— el sujeto provocado también debería ser absuelto, dado que su conducta no sería *ex ante* peligrosa teniendo en cuenta todo lo cognoscible. Y viceversa. En todos aquellos supuestos en los que el sujeto provocado fuera castigado por haber llevado a cabo una acción *ex ante* peligrosa teniendo en cuenta todo lo cognoscible, el agente provocador debería ser sancionado por haber contribuido a poner en riesgo el bien jurídico protegido⁹³⁷.

⁹³⁵ Vid. la equiparación entre delitos de peligro concreto y tentativa idónea que lleva cabo MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, cit., págs. 1 y ss.

⁹³⁶ En este sentido, SCHÜNEMANN, “Der polizeiliche Lockspitzel –Kontroverse ohne Ende?“, cit., pág. 430. Similar, C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 311, denominando a este planteamiento “solución de la igualdad de trato” (“*Gleichbehandlungslösung*”).

⁹³⁷ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1067.

3. El argumento de la necesidad de pena

El argumento de la necesidad de pena fundamenta la impunidad del sujeto provocado en su falta de peligrosidad⁹³⁸. Según este argumento, debería absolverse al sujeto provocado cuando se constate que no es un “sujeto peligroso” y que la única razón por la que ha delinquirido es que el agente provocador le ha brindado una oportunidad extraordinaria para hacerlo. En estos casos, debido a su falta de peligrosidad, el castigo del sujeto provocado no sería útil y, por tanto, no resultaría necesario imponerle pena alguna⁹³⁹.

El argumento de la necesidad de pena se asienta sobre la premisa de que no resulta útil castigar a sujetos “no peligrosos”. Esto es, que sancionarlos no comporta beneficios para la sociedad⁹⁴⁰. Las finalidades preventivas de la pena no podrían cumplirse ante estos sujetos⁹⁴¹ y, por ende, el mal que supone su imposición no estaría justificado⁹⁴².

Según los autores que sostienen este argumento, en circunstancias normales la comisión de un delito pone de manifiesto la peligrosidad de su autor⁹⁴³. Si alguien proporciona droga a un consumidor a cambio de su precio de “mercado”, el acto de tráfico que realiza un buen indicador de su tendencia a cometer delitos contra la salud pública. No obstante, la intervención de un agente provocador puede hacer que la perpetración de un delito deje de ser un indicador fiable de dicha peligrosidad⁹⁴⁴. En este sentido, el interés del agente provocador en conseguir el castigo del sujeto provocado puede llevarlo a simular una situación extraordinaria en la que incluso un individuo “no peligroso” delinquiría. Por ejemplo, si el sujeto provocado suministra una cantidad de droga al agente provocador a cambio de un precio exorbitado, el acto de tráfico que lleva a cabo no pone de manifiesto su propensión a cometer esta clase de delitos⁹⁴⁵. En términos económicos: cómo alguien

⁹³⁸ A diferencia del argumento de la peligrosidad, que se basa en la ausencia de riesgo para el bien jurídico de la *conducta* del sujeto provocado, el argumento de la necesidad de pena se fundamenta en la falta de peligrosidad *del propio sujeto provocado*. Aquí la ausencia de peligrosidad va referida a un sujeto, y no a una acción.

⁹³⁹ SHAVELL, “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, *Columbia Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1985, págs. 1256; CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1072; LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 475; ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 416; DEI, “Economics, Causation, and the Entrapment Defense”, *University of Illinois Law Review*, núm. 5, 2001, pág. 1232; MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 127.

⁹⁴⁰ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 135.

⁹⁴¹ ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 415.

⁹⁴² Tal y como indica MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 127, este argumento se basa en la premisa consecuencialista de que, sin un beneficio social, el castigo es un acto injustificable. Por ello, no podría ser sostenido desde una concepción retribucionista de la pena.

⁹⁴³ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1071.

⁹⁴⁴ *Ibidem*.

⁹⁴⁵ DEI, “Economics, Causation, and the Entrapment Defense”, cit., pág. 1232.

responde a un incentivo por encima de mercado no es informativo de cómo respondería a un incentivo de mercado⁹⁴⁶.

Bajo estas premisas, el sujeto provocado únicamente debería ser absuelto cuando se constate que en “circunstancias normales” no habría delinquido. De este modo, lo determinante para delimitar su impunidad sería la conducta hipotética que hubiera llevado a cabo ante el ofrecimiento de un “delincuente racional”⁹⁴⁷. De nuevo, en términos económicos: el sujeto provocado no debería ser castigado si ante un incentivo de mercado se hubiera negado a delinquir. En este contexto, un incentivo de mercado sería aquello que una persona sin motivaciones espurias —como las que persigue el agente provocador— estaría dispuesta a ofrecer a cambio del delito⁹⁴⁸. En estos casos, el sujeto provocado no sería peligroso y, por tanto, no resultaría necesario imponerle una pena⁹⁴⁹.

Pues bien, el argumento de la necesidad de pena no puede ser compartido porque parte de un presupuesto inadmisibles. Este es, que el castigo de sujetos “no peligrosos” resulta inútil⁹⁵⁰. Solo desde una perspectiva que fundamente la pena exclusivamente en sus efectos preventivo-especiales podría sostenerse que el castigo de un sujeto “no peligroso” que ha cometido un delito no es útil. Es decir, la única manera de negar la necesidad de pena en estos casos es reducir su utilidad a la prevención especial. No obstante, el castigo no persigue (solo) neutralizar la peligrosidad de quien ha delinquido. La utilidad de la pena no se agota en sus efectos preventivo-especiales⁹⁵¹. Lo contrario supondría equipararla a una medida de seguridad⁹⁵². La pena también persigue finalidades preventivo-generales y, desde este punto de vista, castigar a un sujeto “no peligroso” *que ha cometido un delito* resulta útil y necesario⁹⁵³.

⁹⁴⁶ ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 416.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, pág. 423.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 415, incluyendo en el cálculo tanto los valores monetarios, como los emocionales o psicológicos.

⁹⁴⁹ LORD, “Entrapment and due process”, cit., pág. 475.

⁹⁵⁰ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1072.

⁹⁵¹ Tal y como indica CARDENAL MONTRAVETA, “Función de la pena y suspensión de su ejecución”, *Indret*, núm. 4, 2015, pág. 5, la “*prevención especial no siempre es necesaria, ni es siempre posible y, además, puede no ser lícita, por lo cual la referencia a la prevención especial no basta para justificar el recurso a la pena. La pena debe intentar favorecer la resocialización e impedir la desocialización del penado, pero la legitimidad de la pena no depende de que sea necesaria desde el punto de vista de la prevención especial. La justificación de la pena —y, por lo tanto, del Derecho penal vigente— no radica exclusivamente en su eventual y complementaria función de prevención especial*”.

⁹⁵² Vid. al respecto MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., pág. 67.

⁹⁵³ Sobre la utilidad preventivo-general de imponer (y ejecutar) una pena en estos casos vid. ampliamente CARDENAL MONTRAVETA, “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?”, *RECPC*, núm. 17, 2015, págs. 33 y ss.; EL MISMO, “Función de la pena y suspensión de su ejecución”, *Indret*, núm. 4, 2015, págs. 19 y ss.; EL MISMO, “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”, *EPC*, núm. 37, 2017, págs. 211 y ss.

En todo caso, conviene aclarar el significado de “sujeto no peligroso”, pues la utilidad preventivo-general de su castigo variará según qué se entienda como tal. Dejando de lado que los pronósticos de peligrosidad son contingentes e inciertos⁹⁵⁴, mediante la referencia a esta clase de sujetos puede quererse decir: a) sujeto que nunca delinquiría; b) sujeto que solo delinquiría bajo circunstancias extraordinarias; c) sujeto que solo delinquiría ante la tentación de un agente provocador. Obviamente, la opción a) debe ser descartada. Si se entiende que un sujeto “no peligroso” es aquel que nunca delinquiría, no tiene sentido plantearse la utilidad preventivo-general de castigarlo *por la comisión de un delito*⁹⁵⁵. Simplemente, los sujetos “no peligrosos” no cometen delitos⁹⁵⁶. Su propia definición excluye la posibilidad de que delincan. Si alguien comete un delito significa que no era un sujeto “no peligroso”⁹⁵⁷.

La opción b) se corresponde con lo que habitualmente se entiende por peligrosidad. Un sujeto “no peligroso” sería aquel que en circunstancias normales no delinque. Así, volviendo al ejemplo del tráfico de estupefacientes, podría considerarse como tal a quien rechazara proporcionar drogas a un consumidor a cambio de su precio de “mercado”. En los mismos términos económicos empleados anteriormente: un sujeto “no peligroso” sería aquel que no delinque ante incentivos de mercado. ¿Por qué resulta útil castigar a esta clase de sujetos cuando delinquen ante circunstancias extraordinarias? Pues bien, la respuesta es sencilla: las circunstancias extraordinarias también ocurren⁹⁵⁸. Negar el castigo en estos casos supondría dar carta blanca para delinquir ante situaciones que se alejan de la normalidad. Cualquier persona que se considerara a sí misma “no peligrosa” tendría un perverso incentivo para delinquir cuando se encontrara ante una situación extraordinaria⁹⁵⁹. Por ejemplo, ante un consumidor desesperado dispuesto a pagar un precio exorbitado por una dosis de droga, cualquiera que no fuera traficante podría llevar a cabo una lucrativa transacción amparándose simplemente en la anormalidad del ofrecimiento. Otro ejemplo: ante un soborno inusualmente elevado, un funcionario que hubiera rechazado una cuantía menor podría aceptar libremente la oferta. Sin el contra-

⁹⁵⁴ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 141.

⁹⁵⁵ Otra cuestión completamente diferente es si castigar a un inocente (esto es, a quien no ha delinquido) tiene efectos preventivo-generales. Vid. al respecto MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 128, nota 102.

⁹⁵⁶ ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 413, consideran que solo los santos encajarían en esta categoría. Según estos autores, el resto de personas “*tienen un precio*”. Es decir, son peligrosas en alguna medida.

⁹⁵⁷ Tal y como señala SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 141, el hecho de que un sujeto haya cometido un delito pone de manifiesto que, en mayor o menor medida, dicho sujeto es peligroso.

⁹⁵⁸ En sentido similar, DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 858.

⁹⁵⁹ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 141.

incentivo que representa la pena, los bienes jurídicos que el Derecho penal trata de proteger quedarían totalmente a merced de los sujetos “no peligrosos” que se encuentran ante una situación poco común. En definitiva, castigar a sujetos “no peligrosos” es útil porque previene la comisión de delitos en circunstancias extraordinarias.

Sin embargo, los defensores del argumento de la necesidad de pena recurren a la opción c) para sostener su postura. Esto es, mantienen que los sujetos “no peligrosos” son aquellos que únicamente delinquirían ante la tentación ofrecida por un agente provocador⁹⁶⁰. De este modo, niegan la utilidad preventivo-general de su castigo: “*mediante la disuasión se pretende reducir la realización de actos criminales en el mundo que realmente habitamos, no en uno hipotéticamente diferente*”⁹⁶¹. Si la clase de incentivos que hacen delinquir a un sujeto “no peligroso” no se dan en el mundo real, los efectos preventivo-generales de su castigo serían nulos. Su absolución solamente supondría un aliciente para otros sujetos “no peligrosos” y estos, salvo que intervenga un agente provocador, no delinquen. Por ello, en estos casos la pena sería inútil para prevenir delitos que no hayan sido motivados por un agente provocador.

Pues bien, el razonamiento expuesto no puede ser compartido porque, o se basa en una premisa falsa, o comporta consecuencias irrelevantes. Si el incentivo del agente provocador susceptible de hacer delinquir a un sujeto “no peligroso” es, simplemente, un incentivo por encima de mercado, el argumento se basa en una premisa falsa. Esta es, que solo un agente provocador ofrece incentivos por encima de mercado⁹⁶². En otras palabras, que las oportunidades excepcionales solo ocurren cuando las simula un agente provocador. Si esto es así, la definición c) sería igual a la b). Un sujeto “no peligroso” sería aquel que solo delinque bajo circunstancias extraordinarias. El razonamiento expuesto sencillamente estaría negando la posibilidad que dichas circunstancias concurren al margen de la intervención de un agente provocador. Cualquier oferta por encima de mercado para delinquir provendría, necesariamente, de un agente provocador. Esto resulta insostenible. Las personas no se comportan *siempre* como “delincuentes racionales”. Un sujeto que ofrece un precio por encima de mercado a cambio de una determinada cantidad de droga no tiene por qué ser un agente provocador. Del mismo modo, quien paga un precio sustancialmente mayor al que hubiera sido necesario para

⁹⁶⁰ SHAVELL, “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, cit., pág. 1256; ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 415; MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 141.

⁹⁶¹ ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., pág. 415.

⁹⁶² *Ibidem*, pág. 421, sosteniendo que, para un particular, ofrecer un incentivo por encima de mercado sería el equivalente a una contribución de caridad.

sobornar a un funcionario puede haberlo hecho por inexperiencia, desconocimiento o, simplemente, por un error de cálculo. No todos los incentivos por encima de mercado provienen de agentes provocadores⁹⁶³. Los delincuentes no siempre actúan como *homo oeconomicus*.

Por otro lado, si la opción c) se entiende estrictamente en los términos de una persona que únicamente delinquiría ante incentivos tan extraordinarios que solo un agente provocador podría ofrecerlos, el argumento conduce a consecuencias irrelevantes. En efecto, resulta muy complicado imaginar qué circunstancias son aquellas que “*no pueden ocurrir en el mundo real*”⁹⁶⁴. Quizás, ni siquiera sean concebibles incentivos que únicamente puedan ser ofrecidos por un agente provocador⁹⁶⁵. Pero, en todo caso, si se admitiera su existencia, el ámbito que abarcarían sería tan reducido que podría considerarse irrelevante⁹⁶⁶. Identificar a un individuo que solamente delinquiría ante esta clase de circunstancias, ya de por sí difícilmente imaginables, sería poco menos que imposible.

De todos modos, conviene poner de relieve que condicionar el castigo de quien comete un delito a su peligrosidad resulta poco compatible con el Derecho penal del hecho. En este sentido, el argumento de la necesidad de pena tiene difícil encaje en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho⁹⁶⁷. Adviértase que nuestro ordenamiento jurídico circunscribe la relevancia del pronóstico de peligrosidad del autor a la ejecución de la pena. Limitar la propia imposición de la pena en base a consideraciones relativas a la peligrosidad supondría equiparar su naturaleza con las medidas de seguridad.

⁹⁶³ *Ibidem*, pág. 421, plantean el siguiente razonamiento para defender su postura, aunque finalmente lo descartan: cualquier oferta que no provenga de un agente provocador determina qué es un incentivo de mercado y, por tanto, solamente un agente provocador puede ofrecer incentivos por encima de mercado. Adviértase que, de este modo, su planteamiento se tornaría tautológico. Un sujeto “no peligroso” sería aquel que solo delinquiría ante un incentivo por encima de mercado, un incentivo por encima de mercado sería aquello que solo un agente provocador podría ofrecer, y aquello que solo podría ofrecer un agente provocador sería lo que haría delinquir a un sujeto “no peligroso”. La circularidad del argumento es evidente.

⁹⁶⁴ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 141, refiriéndose a aquellas oportunidades cuya probabilidad de que ocurran al margen de la intervención de un agente provocador es nula.

⁹⁶⁵ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 143, y MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 141, parecen admitir que esta clase de incentivos pueden existir, pero ninguno de los pone un ejemplo de los mismos. Por mi parte, la única posibilidad que se me ocurre es que se trate de un incentivo que solo pueda ser ofrecido mediante la participación activa del Estado.

⁹⁶⁶ En el mismo sentido, MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 141.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 135, reconoce que este argumento supone que estamos castigando al sujeto que delinque por su peligrosidad y, en consecuencia, utilizando el delito como una mera evidencia de la misma. Sobre la incompatibilidad de este postulado con el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho (concretamente con el principio de responsabilidad por el hecho) vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 136.

A pesar de todo ello, el desarrollo coherente del argumento de la necesidad de pena conduce a un ámbito de impunidad del sujeto provocado muy similar al que sostienen las diferentes variantes del *entrapment* norteamericano, inglés y canadiense. Así, la predisposición a la que alude el Tribunal Supremo estadounidense⁹⁶⁸, la oportunidad excepcional que delimita el *entrapment* inglés, y la referencia a la persona media que configura la construcción canadiense, pueden explicarse fácilmente mediante esta fundamentación. Lo mismo ocurre con la pregunta hipotética emplea el TEDH para definir la provocación policial. En todos estos casos, el castigo del sujeto provocado se condiciona, de una manera u otra, a su peligrosidad. Sin embargo, el argumento de la necesidad de pena comporta consecuencias necesariamente más amplias pues, al contrario de lo que ocurre con las figuras mentadas, no hace depender la impunidad del sujeto “no peligroso” de la intervención de un agente provocador estatal.

Según el argumento de la necesidad de pena, el sujeto provocado debería ser absuelto en todos aquellos supuestos en que se constate que no es peligroso. Esto es, cuando se llegue a la conclusión de que en circunstancias normales no habría delinquido. Resulta interesante observar que, de este modo, su absolución no dependería de la lesividad de su conducta, la condición personal del agente provocador, o de quien ha tomado la iniciativa delictiva. Así, en tanto que su actuación estuviera motivada por una circunstancia extraordinaria, el sujeto provocado debería ser absuelto aunque consumara un delito contra la vida o la integridad física de un tercero. Del mismo modo, resultaría irrelevante si el agente provocador es un funcionario del Estado o un particular. Por último, la contribución del agente provocador no tendría que consistir necesariamente en una incitación⁹⁶⁹. El sujeto provocado podría ser absuelto a pesar de haber tomado la iniciativa delictiva. Si sus planes delictivos eran inviables sin la contribución excepcional del agente provocador, el sujeto provocado no sería considerado peligroso y, por ello, debería quedar impune⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Al menos, cuando la predisposición se entiende como *tendencia* al delito (y no simplemente como un *estado mental*). Es decir, cuando se define a un sujeto predispuesto como aquel que “*previsiblemente hubiera cometido el delito sin la intervención policial*”. En este sentido MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, cit., pág. 230. Vid *supra* el apartado 1.1 del capítulo III.

⁹⁶⁹ Por ejemplo, ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, “Clarifying Entrapment”, cit., págs. 420 y 424, de forma coherente con su planteamiento, admiten que prestar contribuciones necesarias de carácter extraordinario puede fundamentar la impunidad del sujeto provocado aunque el delito haya surgido de su propia iniciativa.

⁹⁷⁰ Vid. *supra* el apartado 7.1.3 del capítulo III.

4. El argumento de los recursos

El argumento de los recursos considera que ciertas intervenciones de agentes provocadores estatales no son útiles. En concreto, estima que no se deriva ningún beneficio social de provocar a un sujeto que no es peligroso⁹⁷¹. Por ello, esta clase de actuaciones policiales supondrían un desperdicio de recursos públicos. En palabras de la jurisprudencia norteamericana: “*si la policía tienta a alguien a cometer un delito que no habría cometido sin sus halagos, y luego lo arresta y es procesado, condenado y castigado, los recursos para hacer cumplir la ley se desperdician en el siguiente sentido: recursos que podrían y deberían haber sido utilizados en un esfuerzo por reducir la tasa de criminalidad inaceptablemente alta de la nación se utilizan en su lugar en una actividad totalmente estéril de primero incitar y luego castigar un crimen*”⁹⁷². De este modo, las provocaciones estatales dirigidas a sujetos “no peligrosos” resultarían censurables por comportar un gasto social injustificado, que podría ser destinado a la prevención del delito⁹⁷³.

Desde el punto de vista de este fundamento, la impunidad del sujeto provocado en estos casos sería una medida para desincentivar que la policía malgaste su tiempo y sus esfuerzos en actividades socialmente inútiles. Así, absolver al sujeto provocado cuando no resulta peligroso sería una medida meramente profiláctica⁹⁷⁴. Con ello se trataría de prevenir que futuras intervenciones policiales desperdicien recursos públicos⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ POSNER, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1985, pág. 1220; ELBAZ, “The Troubling Entrapment Defense: How about an Economic Approach?”, *American Criminal Law Review*, núm. 36, 1999, pág. 119; HAY, “Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment”, *Missouri Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2005, pág. 398.

⁹⁷² *Kaminski v. U.S.*, 703 F.2d 1004, 1010 (7th Cir. 1983).

⁹⁷³ POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston, 1986, pág. 218. En posteriores ediciones de este libro, POSNER no hace ninguna alusión a esta cuestión.

⁹⁷⁴ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 133, señala que la burocracia policial suele poner incentivos para que sus agentes consigan el mayor número posible de condenas. Según este autor, sin el contra-incentivo que supone absolver al sujeto provocado cuando no resulta peligroso, la policía tendería inevitablemente a centrar sus provocaciones sobre esta clase de sujetos, pues de este modo conseguirían más condenas con menos esfuerzo. Así, por ejemplo, en vez de ofrecer el precio que normalmente se paga en el mercado negro por una determinada droga, la policía casi siempre optaría por prometer un precio sustancialmente mayor (con el único límite de que no se perciba como “demasiado bueno para ser cierto”). La impunidad del sujeto provocado en estos casos serviría para disuadir a la policía de llevar a cabo esta clase de actuaciones. No obstante, SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 144, indica que los incentivos más comunes que suele tener la policía están asociados al número de detenciones que realizan, y no al número de condenas que se derivan de ellas. Adviértase que, de ser así, la posterior absolución del sujeto provocado no tendría demasiados efectos disuasorios sobre aquellos agentes que únicamente estuvieran interesados en aumentar su *ratio* de detenciones.

⁹⁷⁵ MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 162.

Esta fundamentación tiene muchas similitudes con el argumento de la necesidad de pena⁹⁷⁶. Ambos fundamentos se basan en la ausencia de utilidad social de determinadas actuaciones públicas. No obstante, mientras que el argumento de la necesidad de pena considera inútil *castigar* a individuos “no peligrosos”, el de los recursos estima que no es útil *provocar* al delito a dicha clase de sujetos. Para el primero lo inútil es la *pena*, para el segundo lo es la *actuación del agente provocador*. El primero considera injustificado el *mal* que supone imponer el castigo, el segundo el *gasto público* que implica la actuación policial.

En todo caso, los defensores de este argumento estiman que provocar al delito a un sujeto peligroso sí resulta socialmente beneficioso⁹⁷⁷. En estos supuestos, la actuación del agente provocador sirve para identificar e incapacitar a individuos que ponen en riesgo a la comunidad⁹⁷⁸. En otras palabras, contribuye a la *prevención especial*. Además, lo hace de manera eficiente, pues reduce los costes que normalmente implican los métodos convencionales de investigación⁹⁷⁹. En este sentido “*si la policía induce a alguien a cometer un crimen que igualmente habría cometido con el tiempo, pero lo hace en circunstancias controladas, donde los costos del sistema de aprehensión y condena se minimizan, la policía está economizando recursos*”⁹⁸⁰. Así, provocando a un sujeto peligroso “*lo detenemos y condenamos de forma mucho más económica que en sus actividades criminales comunes. Los beneficios del encarcelamiento son virtualmente igual de grandes, y los costos de aprehensión y convicción mucho más bajos*”⁹⁸¹. En definitiva, el gasto público que supone provocar a un sujeto peligroso resultaría útil para prevenir futuros delitos y, por tanto, no habría necesidad de desincentivarlo de ningún modo.

⁹⁷⁶ Hasta el punto de que frecuentemente se confunden el uno con el otro. Vid. por ejemplo DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 859; CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1103.

⁹⁷⁷ POSNER, “An Economic Theory of the Criminal Law”, cit., pág. 1220; MARCUS, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, cit., pág. 233; DEI, “Economics, Causation, and the Entrapment Defense”, cit., pág. 1226.

⁹⁷⁸ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 140.

⁹⁷⁹ DEI, “Economics, Causation, and the Entrapment Defense”, cit., pág. 1227.

⁹⁸⁰ *Kaminski v. U.S.*, 703 F.2d 1004, 1010 (7th Cir. 1983).

⁹⁸¹ POSNER, “An Economic Theory of the Criminal Law”, cit., pág. 1220, afirmando que, sin la intervención del agente provocador, el sujeto peligroso “*habría cometido el mismo delito, solo que en circunstancias que habrían dificultado que la policía lo atrapara*”. Según este autor, en estos casos solamente se modifica el momento en que se lleva a cabo el delito, pero no se aumenta el nivel de criminalidad. Adviértase que, de este modo, POSNER está presuponiendo que todo sujeto provocado peligroso necesariamente acabaría cometiendo un delito como el instigado por el agente provocador. Obviamente, esta visión no puede ser compartida. Ni todos los sujetos peligrosos delinquen, ni todos los que no lo son se abstienen de hacerlo. Críticamente LEVANON, “The Law of Police Entrapment”, cit., pág. 43.

Pues bien, el argumento expuesto no puede ser compartido por diversos motivos. El primero de ellos es que desconsidera una faceta muy importante de la actuación de un agente provocador a la hora de valorar su utilidad para prevenir delitos. Con independencia de la clase de sujeto a la que se dirija, la intervención de un agente provocador puede contribuir de modo muy relevante a la *prevención general*⁹⁸². En ámbitos donde la probabilidad de ser detectado cometiendo un delito es muy pequeña —tráfico de drogas, corrupción, etc.— la participación de agentes provocadores puede actuar como un potente inhibidor de conductas ilícitas que, de otro modo, serían muy atractivas. La posibilidad de que la persona que se presenta como consumidor de drogas o como corruptor sea un agente provocador introduce costes adicionales en la decisión delictiva⁹⁸³. En tanto que aumenta la probabilidad percibida de ser detectado —¿y si mi interlocutor es un agente provocador?— puede contribuir a la disuasión de comportamientos delictivos. Así, el castigo de un funcionario que acepta el soborno de un agente provocador puede evitar que otros servidores públicos hagan lo propio cuando se vean tentados a ello. Del mismo modo, simular el ofrecimiento de pornografía infantil por internet para luego castigar a quienes se muestren interesados puede lanzar un importante mensaje disuasorio hacía el resto de internautas. Incluso, fingir que alguien se encuentra herido para detener a los conductores que no paren a prestarle ayuda puede ser una forma efectiva de fomentar el cumplimiento de los deberes de solidaridad. La incertidumbre de no saber si la oportunidad delictiva ante la que uno se encuentra es obra de un agente provocador puede prevenir muchos delitos. El conocimiento por parte de un potencial infractor de que la policía se dedica a provocar el delito puede ser un factor determinante para abstenerse de delinquir.

Provocar a un sujeto que no es peligroso puede ser una estrategia útil para prevenir delitos de terceros⁹⁸⁴. En este sentido, no creo que pueda afirmarse *a priori* que esta clase de actuaciones suponen un desperdicio de recursos públicos. Aunque de este modo no se

⁹⁸² En el mismo sentido SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 141; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 859.

⁹⁸³ CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1104, señalando que, de este modo, los potenciales infractores deberían malgastar sus recursos en asegurarse que aquellos con quienes interactúan no son agentes provocadores.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 1105, indicando que la falta de datos empíricos al respecto no permite afirmar que efectivamente lo sea. Similar FISCHER/MAUL, “Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme“, cit., pág. 12. No obstante, SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 141, nota 141, hace referencia a varios casos en los cuales la actuación de agentes provocadores parece haber comportado una disminución espectacular de la clase de delitos que se provocaban.

obtengan beneficios preventivo-especiales, los efectos disuasorios que se derivan de estas intervenciones bien pueden justificar el gasto público que conllevan.

Otra cosa diferente es que se considere *más eficiente* que la policía provoque al delito a un sujeto peligroso que a uno que no lo es⁹⁸⁵. Es decir, que se invierten mejor los recursos públicos cuando la policía hace lo primero que cuando lleva a cabo lo segundo⁹⁸⁶. Esto puede aceptarse en términos generales. Desde luego, los beneficios preventivos de provocar y castigar a un sujeto peligroso son más elevados que los derivados de hacer lo propio con un sujeto que no lo es⁹⁸⁷. Si el coste de la actuación policial es el mismo en ambos casos, será más eficiente provocar a un sujeto peligroso. No obstante, esto puede no ser así en el caso concreto. Si los medios que deben emplearse para identificar a un sujeto peligroso al que provocar son sustancialmente más elevados que aquéllos que deberían destinarse para provocar a un individuo que no lo es, quizás la estrategia más eficiente sería esta última. Los menores beneficios preventivos que comporta dicha provocación podrían quedar compensados por el menor coste que supone su implementación. Por ejemplo, si se pretende prevenir que los profesores universitarios acepten sobornos, quizás resultaría demasiado costoso que un agente provocador que se haga pasar por alumno ofrezca la cantidad de dinero que usualmente un estudiante podría pagar a cambio de un aprobado. Es probable que, actuando de este modo, el agente provocador debiera enfrentarse a muchas negativas antes de encontrar a un profesor que acepte su propuesta. Teniendo en cuenta los costes que esto implica, quizás resultaría más eficiente ofrecer una cantidad sustancialmente más elevada de dinero. De esta forma, el

⁹⁸⁵ La noción de eficiencia hace referencia a la racionalidad instrumental, o de medios a fines. Tal y como indica ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del derecho y política criminal”, RDPC, núm. 2, 2004, pág. 44, se actúa eficientemente cuando: a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; b) se obtiene un fin con el menor costo posible. En este contexto, el fin sería prevenir delitos, y los medios consistirían en el tiempo y los recursos que ha de emplear la policía para una determinada actuación.

⁹⁸⁶ Esta es la posición que defiende MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 157.

⁹⁸⁷ Dado que provocando a un sujeto peligroso se obtienen más beneficios preventivo-especiales que haciendo lo propio con un sujeto que no lo es. Además, MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 129, afirma que los beneficios preventivo-generales también son mayores cuando la provocación se dirige a un sujeto peligroso. Según MCADAMS, a la larga, a los individuos solo les importa la probabilidad de su propia detección, que juzgan a partir de la probabilidad de que la clase de actos que llevan a cabo sean detectados. En este sentido, si la policía únicamente realizara provocaciones por encima de mercado, los sujetos que habitualmente delinquen ante incentivos de mercado no se verían disuadidos de emprender sus actividades delictivas habituales. Y viceversa. Si la policía solamente ofreciera oportunidades ordinarias, los sujetos que se encuentran ante una oportunidad extraordinaria no se verían disuadidos de delinquir ante ella. Por ello, una política sistemática de provocaciones mediante incentivos de mercado comportaría mayores beneficios preventivo-generales que una estrategia que se centrara en ofrecer oportunidades extraordinarias. Resulta más beneficioso disuadir a la población de delinquir ante incentivos de mercado, por el mero hecho de que sean estadísticamente más frecuentes, que prevenir el delito que pueda surgir ante oportunidades extraordinarias.

número de negativas se reduciría y, aunque no se lograra inhabilitar a un profesor “peligroso”, los efectos preventivos sobre la comunidad universitaria serían igualmente relevantes⁹⁸⁸.

De todos modos, la eficiencia de la actuación de un agente provocador depende de un número mucho más elevado de factores. La peligrosidad del sujeto provocado es solamente uno de ellos. Otras facetas de la intervención policial pueden tener igual o mayor relevancia en la valoración de su eficiencia preventiva. Así, por ejemplo, la clase de delito que se provoca, la posición social que ocupa el sujeto provocado o los costes que supone el operativo policial, son elementos que también deberían tenerse en cuenta a la hora de racionalizar los recursos públicos que se invierten en la actuación de un agente provocador. Si de lo que se trata es de incentivar la eficiencia, resulta arbitrario que solo se tenga en cuenta la peligrosidad del sujeto provocado. En este sentido, la referencia a la eficiencia no puede explicar coherentemente por qué la impunidad del sujeto provocado se condiciona únicamente a su peligrosidad.

Por último, aunque la eficiencia sea un valor a tener en cuenta a la hora de diseñar políticas públicas, difícilmente puede sustentar por sí sola la impunidad del sujeto provocado. El argumento de los recursos puede explicar por qué la policía debería priorizar unas provocaciones sobre otras, pero no es capaz de fundamentar por qué los jueces deberían absolver al sujeto provocado cuando la policía no ha actuado de forma eficiente⁹⁸⁹. Resulta completamente extraño a nuestro ordenamiento jurídico que los tribunales condicionen una condena a la eficiencia de la actuación policial que ha llevado hasta ella. Por ejemplo, nunca admitiríamos que se absolviera a alguien porque su caso fue investigado por diez policías, cuando tres hubieran sido suficientes para resolverlo⁹⁹⁰. Del mismo modo, tampoco aceptaríamos renunciar al castigo de un sujeto que ha traficado con drogas por el hecho de que los recursos que se han empleado en su investigación habrían sido mejor invertidos en aclarar un homicidio⁹⁹¹. Ni los jueces tienen como función fiscalizar la eficiencia de las actuaciones policiales, ni están en la mejor posición para hacerlo⁹⁹².

⁹⁸⁸ Obviamente, a la larga, si la policía únicamente ofreciera sobornos extraordinariamente elevados, los profesores universitarios no se verían disuadidos de aceptar dádivas “ordinarias”. Sin embargo, este problema solo sobrevendría en el marco de una política sistemática de sobornos por encima de mercado.

⁹⁸⁹ SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, cit., pág. 143.

⁹⁹⁰ CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, cit., pág. 1106.

⁹⁹¹ YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 18.

⁹⁹² MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, cit., pág. 131, admitiendo que la policía suele tener mejor información que los tribunales acerca de los costes y los beneficios derivados de sus actuaciones.

Además, la eficiencia policial puede ser incentivada (positiva o negativamente) de muchas otras maneras. Absolver al sujeto provocado para disuadir futuras actuaciones policiales ineficientes resulta, en sí mismo, ineficiente. Por un lado, supone desperdiciar los recursos públicos que ya han sido invertidos en la intervención policial⁹⁹³. Por el otro, atenúa los efectos preventivo-generales que se asocian a la actuación de un agente provocador (“quizás la persona que me está ofreciendo un soborno muy tentador es un agente provocado pero, si es así, seré absuelto”). En todo caso, podrían obtenerse iguales o mejores resultados con otra clase de (des)incentivos que comporten menos costes⁹⁹⁴.

El desarrollo coherente del argumento de los recursos condicionaría la absolución del sujeto provocado a su peligrosidad y a la condición estatal del agente provocador. De este modo, el ámbito de su impunidad se correspondería sustancialmente con el que delimita el *entrapment* norteamericano. Las sospechas previas del agente provocador, la lesividad de la conducta del sujeto provocado e, incluso, el dato de quien ha tomado la iniciativa delictiva, serían irrelevantes a estos efectos.

⁹⁹³ YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 18.

⁹⁹⁴ Por ejemplo, sancionar disciplinariamente al policía ineficiente. O mejor, modificar aquellos incentivos burocráticos que se basen en el número de condenas conseguidas, por otros que maximicen los beneficios preventivos de sus actuaciones.

5. El argumento de la percepción social

El argumento de la percepción social sostiene que determinadas provocaciones estatales dañan la reputación de los poderes públicos, menoscabando así la confianza y el respeto de la ciudadanía hacia el sistema de justicia criminal⁹⁹⁵. Dichas provocaciones deberían ser rechazadas en virtud de “*la lesión a la reputación de las instituciones policiales que comporta el empleo de métodos que conmocionan los estándares morales de la comunidad*”⁹⁹⁶. De lo contrario, su realización podría llegar a comprometer “*imagen pública del Estado*”⁹⁹⁷ y, en última instancia, favorecer la infracción de sus normas debido al descrédito de las instituciones encargadas de hacerlas cumplir⁹⁹⁸. Por ello, resultaría necesario desincentivar esta clase de prácticas mediante la absolucón del sujeto provocado. De esta forma se evitaría que la ciudadanía tuviera la percepción de que el Estado aprueba dichas actuaciones policiales⁹⁹⁹ y, de paso, se prevendría su realización impidiéndoles lograr el objetivo que persiguen¹⁰⁰⁰.

Pues bien, desde mi punto de vista, el argumento de la percepción social resulta insatisfactorio por dos motivos. El primero de ellos es que no puede delimitar con una mínima precisión las provocaciones estatales que deben ser disuadidas mediante la impunidad del sujeto provocado. Al no identificar la razón por la cual determinadas provocaciones públicas (y no otras) deben ser rechazadas, la concreción de sus límites se torna inviable. En este sentido, no resulta posible determinar exactamente *qué* debe prevenirse sin aclarar antes *por qué* ello debe ser prevenido. Sostener que algunas provocaciones estatales deben ser disuadidas porque suscitan rechazo en la sociedad supone, simplemente, remitir el problema al ámbito de las percepciones sociales. Si una determinada actuación policial resulta censurable por generar rechazo social, su

⁹⁹⁵ Este argumento ha sido empleado expresamente por la jurisprudencia inglesa y canadiense para fundamentar sus particulares versiones del *entrapment*. Vid. respectivamente *R v. Looseley*; *Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 25; *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 153. También pueden encontrarse referencias a este argumento en la jurisprudencia norteamericana y en la fundamentación del *entrapment* del *Model Penal Code*. En este sentido, *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 382 (1958); AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 406. En la doctrina alemana, hacen alusión a esta misma idea OSTENDORF/MEYER-SEITZ, “Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes“, StV, núm. 2, 1985, pág. 80; DENCKER, “Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“, cit., pág. 456; KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 33; SCHWARZBURG, *Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation*, cit., pág. 115; M. SCHMIDT, *Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 73. Vid. además ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 18.

⁹⁹⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 406.

⁹⁹⁷ ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, cit., pág. 18.

⁹⁹⁸ DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 860.

⁹⁹⁹ CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, cit., pág. 139.

¹⁰⁰⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 407; DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 860.

delimitación no puede eludir la cuestión de ¿por qué genera rechazo social?¹⁰⁰¹ En tanto que no se ofrezca una respuesta a esta pregunta, el argumento de la percepción social estará vacío de contenido. Al fin y al cabo, la concreción de los límites de la impunidad del sujeto provocado debería fundamentarse en los motivos por los que determinadas provocaciones estatales producen rechazo en la sociedad.

La segunda razón por la cual el argumento de la percepción social resulta insatisfactorio es que no puede explicar por qué absolver al sujeto provocado constituye la medida más idónea para prevenir las provocaciones que dañan la reputación de los poderes públicos. Aunque se admitiera que ciertas provocaciones estatales generan rechazo social¹⁰⁰² —y que ese rechazo merece plasmarse en alguna medida político-criminal— privar a la policía del objetivo que persigue no parece la solución más adecuada para desalentar su realización¹⁰⁰³. Si se trata de evitar que la ciudadanía tenga la percepción de que el Estado aprueba esta clase de actuaciones, lo más coherente sería que sancionara directamente a los policías que las llevan a cabo. En este sentido, castigar al agente provocador estatal tiene un potencial disuasorio mucho mayor que absolver al sujeto provocado. Sin duda alguna, la imagen pública del Estado saldría mejor parada si, en vez de absolver a quien ha cometido un delito, se sancionara al policía que lo ha llevado a ello. El argumento de la percepción social es incapaz de explicar por qué lo primero resulta preferible a lo segundo y, por ello, no puede fundamentar adecuadamente la impunidad del sujeto provocado.

Debido a su falta de concreción, resulta muy complicado establecer las consecuencias que deberían derivarse del desarrollo coherente de este argumento. Lo único que resulta meridianamente claro es que la impunidad del sujeto provocado quedaría circunscrita a las infracciones provocadas por agentes del Estado. Cualquier otro elemento que delimite su impunidad debería fundamentarse en las valoraciones sociales que, en última instancia, determinan el rechazo de ciertas provocaciones estatales¹⁰⁰⁴. Así, los criterios de las sospechas, la peligrosidad, la iniciativa delictiva, o la lesividad, solo serían relevantes en tanto que condicionaran el rechazo social de la actuación policial.

¹⁰⁰¹ CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1101.

¹⁰⁰² Premisa que DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, cit., pág. 861, califica como “*empíricamente dudosa*”.

¹⁰⁰³ DUFF, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, págs. 84.

¹⁰⁰⁴ Precisamente por ello, la jurisprudencia canadiense se ve obligada a condicionar, en última instancia, la aplicación del *entrapment* a una difusa “valoración conjunta de todas las circunstancias” que permita tener en cuenta cualquier motivo que pueda llevar a que una provocación estatal ofenda los sentimientos de la comunidad. En este sentido, *R v. Mack* [1988] 2 SCR 903, párr. 129. Vid. *supra* el apartado 5 del capítulo III.

6. El argumento de los derechos fundamentales

6.1. Consideraciones preliminares

El argumento de los derechos fundamentales ha sido sostenido principalmente por la doctrina alemana¹⁰⁰⁵. No obstante, la jurisprudencia española también ha empleado este argumento para fundamentar el delito provocado¹⁰⁰⁶. En ambos casos, su razonamiento podría sintetizarse del siguiente modo: determinadas actuaciones del agente provocador supondrían una restricción de un derecho fundamental del sujeto provocado que, en caso de no quedar justificada, impediría el castigo de este último. De este modo, el ámbito de la impunidad del sujeto provocado quedaría delimitado mediante dos elementos. Por un lado, la restricción de un derecho fundamental. Por el otro, la ausencia de una justificación para dicha restricción.

6.1.1. Los derechos fundamentales restringidos

El derecho fundamental afectado sería, en función de los distintos autores, la autodeterminación informativa, el derecho a no autoincriminarse, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad. El contenido de (alguno de) estos derechos delimitaría las actuaciones del agente provocador que, de no mediar justificación, deberían comportar la impunidad del sujeto provocado. Según la doctrina alemana, dichas actuaciones serían las *incitaciones de un agente provocador estatal*. Así, únicamente los agentes provocadores

¹⁰⁰⁵ Entre otros, LÜDERSSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, cit., pág. 366; FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern“, cit., pág. 2015; BERZ, “Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung - BGH, NJW 1981, 1626“, JuS, núm. 6, 1982, pág. 419; MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, Haag Herchen, Frankfurt am Main, 1984, pág. 76; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 118; FISCHER/MAUL, “Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme“, cit., pág. 10; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 129; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 50; GÖTTING, *Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit: durch V-Leute, Scheinaufkäufer und Privatleute*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001, pág. 262; DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, cit., pág. 159; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 50; GOTTSCHALK, “Verfahrenshindernis bei Tatprovokation durch Lockspitzel? Staatliche Tatprovokationen im Lichte der Rechtsprechung des EGMR“, StudZR, núm. 1, 2013, pág. 58; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 62. En la doctrina española, parecen apuntar en esta dirección RUIZ ANTÓN, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pág. 143; RUIZ VADILLO, “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, cit., pág. 4913.

¹⁰⁰⁶ Vid. *supra* el apartado 3 del capítulo II. En dicho epígrafe se ha denominado a este fundamento como “argumento de la prueba nula”. No obstante, debido a que la doctrina alemana —por la particular configuración de su ordenamiento jurídico, que carece de un precepto equivalente a nuestro art. 11 LOPJ— no vincula en todos los casos la vulneración de un derecho fundamental a la nulidad de la prueba obtenida, aquí se ha preferido optar por una denominación que no prejuzgue la categoría sistemática que fundamentaría la impunidad del sujeto provocado.

estatales que llevarán a cabo una *incitación* a delinquir restringirían alguno de los mentados derechos. El resto de intervenciones propias de un agente provocador —aquellas que consisten en una contribución al delito que no supone una incitación y/o las realizadas por particulares— no tendrían incidencia alguna sobre los mismos y, por ello, no deberían comportar la impunidad del sujeto provocado aunque carecieran de justificación.

El Tribunal Supremo español —influido sin duda por la doctrina alemana— parece haber asumido este planteamiento en algunas de sus sentencias: “*tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas*”¹⁰⁰⁷. Aquí, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad parecen jugar un papel clave en la fundamentación de la impunidad del sujeto provocado. Del mismo modo, la STS 2437/1993, de 3-11, afirma que “*la provocación de la infracción penal por un agente de la Autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona*”. Adviértase que en los párrafos transcritos las actuaciones de un agente provocador incompatibles con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad quedan circunscritas a las incitaciones realizadas por policías. Así, de forma análoga al planteamiento de la doctrina alemana, el Tribunal Supremo parece limitar el ámbito de la impunidad del sujeto provocado a las *incitaciones policiales* no justificadas¹⁰⁰⁸.

No obstante, como más adelante se tratará de poner de manifiesto, resulta muy complicado explicar por qué solamente las incitaciones llevadas a cabo por agentes de la autoridad inciden en alguno de los derechos mentados. Del contenido de la autodeterminación informativa, el derecho a no autoincriminarse, la dignidad o el libre desarrollo de la

¹⁰⁰⁷ STS 1114/2002, de 12-6. Por otro lado, la STS de 14-06-1993 apunta al art. 24 de la Constitución cuando afirma que “*tales procesos vulneran los principios del debido proceso*”. De forma más explícita, la SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1, sostiene que “*todos los descubrimientos efectuados como consecuencia de esta ilícita actuación provocadora no pueden ser objeto de sanción penal por cuanto, en caso contrario, estaríamos otorgando unos efectos inculpativos a algo que, de origen, era radicalmente ilegítimo, estando ello proscrito por el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación el art. 24.2 de la Constitución, que garantiza el derecho a un proceso con todas las garantías*”.

¹⁰⁰⁸ Sin embargo, a pesar de que los argumentos transcritos apunten en esa dirección, la jurisprudencia española nunca ha condicionado la impunidad del sujeto provocado a que el agente provocador que lo ha incitado sea un policía. Vid. *supra* el apartado 1 del capítulo II.

personalidad difícilmente puede deducirse que las únicas actuaciones de un agente provocador que requieren justificación son las que consisten en una incitación realizada por un policía. ¿Por qué otra clase de contribuciones al delito diferentes a una incitación no afectarían a esos derechos? ¿Por qué dicha incidencia debería quedar limitada a las actuaciones de agentes provocadores estatales? En mi opinión, el desarrollo coherente del argumento de los derechos fundamentales debería conducir a una delimitación diferente de los comportamientos del agente provocador que, de no mediar justificación, comportarían la impunidad del sujeto provocado.

En cualquier caso, conviene señalar que el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución española difiere notablemente del previsto por la *Grundgesetz* alemana. Algunos de los derechos fundamentales que reconoce esta última no se configuran como tales en nuestro texto constitucional, y viceversa.

En primer lugar, al contrario de lo que ocurre en la Ley Fundamental de Bonn (art. 1.1 y 2.1 GG)¹⁰⁰⁹, en el ordenamiento constitucional español *la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad no constituyen derechos fundamentales*¹⁰¹⁰. Por ello, los argumentos de la doctrina germana que fundamentan la impunidad del sujeto provocado en base a una afectación de dichos derechos deberán ser tomados con cautela, habida cuenta de su distinta trascendencia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo término, la Carta Magna alemana no recoge de forma expresa el derecho a la intimidad¹⁰¹¹. En gran parte, ello explica que el *Bundesverfassungsgericht* reconociera desde muy temprano¹⁰¹² la existencia del derecho a la autodeterminación informativa (“*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”) —un derecho que no se encuentra contemplado en el texto de la *Grundgesetz*— infiriendo su contenido de los arts. 1.1 y 2.1 GG¹⁰¹³. En cambio, la reciente admisión por parte del Tribunal Constitucional español de

¹⁰⁰⁹ BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en *Manual de Derecho Constitucional*, 1994, trad. LÓPEZ PINA, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 121; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 67.

¹⁰¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?”, REDC, núm. 102, 2014, pág. 173; SANTANA RAMOS, “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, CEFD, núm. 29, 2014, pág. 102; PASCUAL MEDRANO, “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 299; PRESNO LINERA, “Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 365.

¹⁰¹¹ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pág. 95.

¹⁰¹² En el año 1983 mediante la BVerfGE 65, 1.

¹⁰¹³ En este sentido, GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, Editorial Complutense, Madrid, 1995, pág. 29, indica que “*la Ley Fundamental Alemana no contiene un reconocimiento expreso del derecho a la intimidad y el Tribunal Federal se vio por ello forzado a construir un nuevo derecho derivándolo del principio general, sí constitucionalizado, del libre desarrollo de la personalidad*”.

un derecho fundamental a la autodeterminación informativa —a veces denominado “derecho a la protección de datos” o “libertad informática”¹⁰¹⁴— tiene un origen y un anclaje constitucional (art. 18.4 CE) distinto al alemán¹⁰¹⁵. Precisamente por ello, *el alcance de la autodeterminación informativa en nuestro ordenamiento es diferente al que tiene en Alemania*. En consecuencia, los argumentos que esgrime la literatura alemana en base a este derecho también deberán ser matizados.

Por último, la *Grundgesetz* tampoco contiene referencia alguna al derecho a no autoincriminarse¹⁰¹⁶, aunque el § 136 a StPO ofrece una protección similar a la que se deriva del art. 24.2 de la Constitución española. No obstante, el catálogo de “métodos de interrogatorio prohibidos” del § 136 a StPO¹⁰¹⁷ *no coincide totalmente con la delimitación que ha desarrollado el Tribunal Constitucional del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable*. Por tanto, una vez más, los argumentos de la doctrina germana basados en dicho precepto legal deberán ser valorados desde la perspectiva de nuestro propio ordenamiento jurídico.

De todos modos, a pesar de la variedad de derechos a los que alude la literatura alemana, el contenido de todos ellos se encuentra entrelazado. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia germana derivan la autodeterminación informativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art 2.1 GG)¹⁰¹⁸ y este, a su vez, del reconocimiento de la

¹⁰¹⁴ Sobre estas divergencias terminológicas vid. GALÁN JUÁREZ, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 208; GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 187; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 76.

¹⁰¹⁵ Además, tal y como indica REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 306: “*tampoco faltan autores que entienden la construcción del Tribunal Federal Alemán como propia de un sistema, cuya carta magna no reconoce de forma expresa el derecho a la intimidad. De esta forma, la construcción jurídica [la autodeterminación informativa] es lógica en Alemania, pero no lo es tanto en un sistema como el español en que se recoge de forma expresa por la Constitución el derecho a la intimidad*”.

¹⁰¹⁶ LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, Tesis, Universidad Complutense de Madrid, 2001, pág. 199.

¹⁰¹⁷ El § 136 a StPO reza como sigue “*Métodos de interrogatorio prohibidos: 1) La libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculcado no puede ser perturbada por maltrato, agotamiento, agresión corporal, suministro de fármacos, tortura, engaño o hipnosis. La coacción solo puede ser empleada en la medida que el derecho procesal penal la permita. También se prohíbe la amenaza de empleo de estos medios prohibidos y la promesa de alguna ventaja no prevista legalmente; 2) Tampoco está permitido el empleo de medidas que perturben la capacidad de recuerdo o de conocimiento del inculcado; 3) Las prohibiciones contenidas en los apartados 1 y 2 rigen incluso en caso de consentimiento del inculcado y tampoco pueden ser valoradas como prueba las declaraciones obtenidas con infracción de estas prohibiciones, aunque el inculcado consienta en ello*”.

¹⁰¹⁸ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 56.

dignidad humana (art. 1.1 GG)¹⁰¹⁹. Asimismo, las previsiones del § 136 a StPO se consideran “*la concreción a efectos del proceso penal del art. 1.1 GG*”¹⁰²⁰. Debido a esta interrelación, los argumentos referidos a unos y otros derechos guardan muchas más similitudes de lo que *a priori* pudiera parecer.

6.1.2. La justificación de la restricción

Con independencia de cuál sea el derecho fundamental que se estime restringido por el agente provocador, la doctrina alemana suele dividirse a la hora de valorar si dicha restricción puede quedar justificada y, si es así, en qué casos. Las distintas posiciones pueden clasificarse del siguiente modo: 1) la restricción no puede entenderse autorizada *de lege lata* por ninguna previsión legal y, a lo sumo, podría llegar a justificarse *de lege ferenda* en determinadas circunstancias; 2) la restricción puede entenderse autorizada *de lege lata* en determinadas circunstancias. Dentro de los autores que defienden la opción 2) puede diferenciarse entre aquellos que: 2.1) consideran que la restricción puede quedar justificada cuando el agente provocador persigue finalidades represivas; 2.2) consideran que la restricción puede quedar justificada cuando el agente provocador persigue finalidades represivas o preventivas.

Los autores que defienden la posición 1) consideran que la restricción de derechos fundamentales que lleva a cabo el agente provocador no puede entenderse autorizada por ninguna previsión legal¹⁰²¹. De este modo, se ven obligados a concluir que, *de lege lata*, todas las actuaciones de un agente provocador que inciden en derechos fundamentales son ilegítimas y, por tanto, deben comportar la impunidad del sujeto provocado. Desde su punto de vista, dicha restricción únicamente podría quedar justificada mediante una *autorización legal expresa* —como la que prevé el § 110 StPO para el *verdeckter Ermittler* o el art. 282 bis LECrim para el agente encubierto— inexistente en el

¹⁰¹⁹ MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, cit., pág. 79; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 117. Vid. también BVerfGE 65, 1.

¹⁰²⁰ BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 127. En el mismo sentido MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, cit., pág. 52; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 42.

¹⁰²¹ KREUZER, “Die Lockspitzelfalle”, cit., pág. 236; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 80; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 101.

ordenamiento alemán, así como en el español. Por ende, la justificación de la restricción solo podría plantearse *de lege ferenda*¹⁰²².

No obstante, si se considera que la actuación del agente provocador afecta a la dignidad del sujeto provocado, su justificación no podría plantearse en ningún caso, *ni siquiera de lege ferenda*. En la *Grundgesetz* alemana la dignidad se considera *intangibile* (art. 1.1 GG). Dicho atributo la aparta los procesos de ponderación (“*Abwägung*”) típicos de los conflictos iusfundamentales¹⁰²³, e impide que pueda ser limitada de modo alguno¹⁰²⁴. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el resto de derechos fundamentales, las intervenciones limitadoras de la dignidad no se pueden legitimar de ninguna manera¹⁰²⁵. Además, en el ordenamiento constitucional alemán, el artículo que proclama la dignidad no puede ser modificado (art. 79.3 GG), por lo que ni siquiera una eventual reforma constitucional podría autorizar su restricción.

En cambio, los autores que sostienen la posición 2) estiman que la restricción de derechos fundamentales que realiza el agente provocador, en determinadas circunstancias, puede entenderse justificada *de lege lata*. Así, para estos autores, solo algunas actuaciones del agente provocador restrictivas de derechos fundamentales deberán comportar la impunidad del sujeto provocado: aquellas que no se encuentren justificadas.

El precepto legal que podría amparar determinadas restricciones de derechos fundamentales por parte del agente provocador sería, según la mayor parte de la literatura, el § 163 StPO¹⁰²⁶. Es decir, el equivalente a nuestro art. 282 LECrim. No obstante, en ocasiones se alude al § 34 StGB como cláusula de habilitación legal para dichas restricciones¹⁰²⁷. Esto es, a la causa de justificación jurídico-penal de estado de necesidad (art. 20.5 CP).

¹⁰²² Vid. por ejemplo la propuesta *de lege ferenda* que realiza TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 209.

¹⁰²³ GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, cit., pág. 60.

¹⁰²⁴ ROBLES MORCHÓN, “El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)”, en *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, pág. 56; BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 120; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, cit., pág. 169.

¹⁰²⁵ GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, cit., pág. 60.

¹⁰²⁶ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 131; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 136; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 88. Dicho precepto reza como sigue: “*Deberes de la policía (1) Las autoridades y funcionarios del servicio de policía deben investigar delitos y adoptar todas las diligencias que impidan cualquier aplazamiento, para impedir el encubrimiento del asunto*”.

¹⁰²⁷ KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 377.

En todo caso, con independencia del anclaje legal por el que se opte, la doctrina se divide a la hora de concretar el *alcance* de la justificación. En particular, al tratar de determinar si las actuaciones del agente provocador que deben entenderse legitimadas —ya sea por el § 163 StPO o mediante el § 34 StGB— son únicamente aquellas que persiguen *finalidades represivas* o, además de estas, también las que pretenden conseguir *finalidades preventivas*¹⁰²⁸. Las primeras serían aquellas que se dirigen al *descubrimiento de un delito previo*¹⁰²⁹. Las segundas, en cambio, estarían encaminadas a *impedir un eventual delito futuro*¹⁰³⁰.

La diferencia entre ambas finalidades puede comprenderse más fácilmente a través de dos ejemplos: a) *el agente provocador trata de descubrir si el sujeto provocado guarda drogas en su domicilio destinadas al tráfico y, para ello, simulando ser un consumidor, le solicita la compra de una pequeña cantidad de estupefacientes*¹⁰³¹; b) *el agente provocador sospecha que el sujeto provocado está protagonizando una oleada de robos en un determinado barrio y, para evitar que se produzcan más asaltos, le incita a atracar la casa de un millonario que, en realidad, se encuentra vacía y sujeta a una estricta vigilancia policial*¹⁰³². En el caso a) el agente provocador trata de descubrir un delito previo de tenencia preordenada al tráfico de drogas. En este sentido, la finalidad con la que actúa es represiva. En cambio, en el caso b) el agente provocador no pretende esclarecer ningún delito previo. Más bien, persigue neutralizar el peligro que representa el sujeto provocado —según sus sospechas— mediante su detención infraganti y posterior encarcelamiento. Su objetivo es, por tanto, impedir eventuales delitos futuros. De este modo, la finalidad de su actuación es preventiva.

Los autores que defienden la posición 2.1) consideran que las únicas actuaciones de un agente provocador que pueden quedar justificadas son aquellas que tienen *finalidades represivas*¹⁰³³. Es decir, las que se dirigen al descubrimiento de otros delitos distintos al favorecido¹⁰³⁴. En todo caso, para estimar que el agente provocador persigue una finalidad

¹⁰²⁸ M. SCHMIDT, *Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 52.

¹⁰²⁹ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 132.

¹⁰³⁰ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 138.

¹⁰³¹ Vid. un ejemplo similar en SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., pág. 712.

¹⁰³² Supuesto inspirado en DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, cit., pág. 302.

¹⁰³³ FISCHER/MAUL, “Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme“, cit., pág. 12; KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR“, cit., pág. 292; SOMMER, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“, cit., pág. 153; HETZER, “V-Mann-Einsatz im Niemandsland?“, *Kriminalistik*, núm. 11, 2001, pág. 698; SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., pág. 712.

¹⁰³⁴ SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., pág. 712.

represiva —y, por tanto, que su actuación está justificada— se requiere la existencia de *sospechas racionales del delito previo* que trata de averiguarse. Así, la provocación de sujetos escogidos al azar (“*auf gut Glück*”) nunca podría entenderse justificada¹⁰³⁵. El § 163 StPO —o, en su caso, el § 34 StGB— solo podría legitimar las actuaciones de un agente provocador que traen causa de sospechas racionales de un delito previo¹⁰³⁶.

Precisamente, este es el planteamiento parece inferirse de algunas sentencias del Tribunal Supremo que tratan de fundamentar autónomamente el contenido del delito comprobado¹⁰³⁷. Así, en la STS 493/1992, de 4-3, se afirma que en el delito comprobado “*el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites que la Constitución (artículo 126) y la Ley (artículo 282 y ss. de la LECrim) le imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial. Se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito. Así pues, la prueba obtenida de este modo es válida para que, llevada a juicio oral, pueda ser valorada por el Tribunal o Juzgado como prueba de cargo apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia*”. De acuerdo con este razonamiento, las actuaciones de un agente provocador (estatal) dirigidas al descubrimiento de delitos —es decir, las que persiguen finalidades represivas— quedarían amparadas por el art. 282 LECrim¹⁰³⁸. De este modo, la eventual restricción de un derecho fundamental quedaría justificada cuando el agente provocador

¹⁰³⁵ FISCHER/MAUL, “Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme“, cit., pág. 10.

¹⁰³⁶ Tal y como indica I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 138, para llegar a esta conclusión el § 163 StPO debe leerse conjuntamente con los §§ 160.1 y 152.2 StPO. Los preceptos en cuestión dicen: “§ 160.1: *Tan pronto como la fiscalía tenga conocimiento de la sospecha de un delito mediante una denuncia o de otra forma, debe investigar las circunstancias para decidir si se debe interponer la acción pública o no; § 152.2: [la fiscalía] está obligada, en tanto que no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tengan cabida suficientes puntos de apoyo reales*”. De dichos preceptos —en especial de la referencia del § 152.2 StPO a que deben existir “suficientes puntos de apoyo reales” para proceder judicialmente por un delito— se deduce la necesidad de que cualquier actuación policial que quede amparada por ellos esté dirigida por una sospecha inicial (“*Anfangsverdacht*”).

¹⁰³⁷ Vid. *supra* el apartado 7 del capítulo II.

¹⁰³⁸ En cambio, la STS de 20-2-1991 se pronuncia en sentido contrario: “*al interpretar lo dispuesto en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, no pueden entenderse comprendidos entre los medios de comprobación los constitucionalmente ilícitos o reprobables, como sin duda son los tendentes a la provocación del delito, sea cual fuere la ulterior finalidad perseguida o el momento del iter criminis en el que se produzca la provocación del ficticio o real delito*”.

“al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior”¹⁰³⁹.

En cambio, los autores que sostienen la postura 2.2) estiman que las actuaciones del agente provocador que persiguen *finalidades preventivas* también pueden quedar justificadas¹⁰⁴⁰. Es decir, que las provocaciones dirigidas a evitar un eventual delito futuro pueden entenderse amparadas por el § 163 StPO o el § 34 StGB¹⁰⁴¹. Para ello, será necesario que concurren *sospechas fundadas de que el sujeto provocado cometerá un delito*¹⁰⁴². Esto es, que desde el punto de vista *ex ante* del agente provocador el sujeto provocado represente un peligro para la seguridad o el orden público¹⁰⁴³. De este modo, la impunidad del sujeto provocado quedaría condicionada a su peligrosidad. O mejor, *a la peligrosidad que ex ante perciba el agente provocador sobre él*. Si el agente provocador no tiene motivos para sospechar que cometerá un delito, su actuación no podría entenderse justificada y, por tanto, el sujeto provocado debería ser absuelto. En cambio, si desde el punto de vista *ex ante* del agente provocador concurren sospechas razonables de que el sujeto provocado delinquirá y, además, mediante la provocación puede neutralizarse su peligrosidad —deteniéndolo por una infracción policialmente controlada¹⁰⁴⁴— la actuación quedaría justificada y el sujeto provocado debería ser castigado.

En parte, esta aproximación es asumida por el BGH cuando afirma que la *Tatprovokation* resulta admisible (“*zulässig*”) cuando el agente provocador “*se dirige contra una persona sobre la que recae una sospecha, en un grado comparable a las del §§ 152.2, 160 StPO, de haber participado en un delito ya cometido o de estar preparada para realizar un*

¹⁰³⁹ STS 2437/1993 de 3-11.

¹⁰⁴⁰ DENCKER, “Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“, cit., pág. 462; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 143; C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, 1998, trad. CÓRDOBA/PASTOR, 25^a ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 68; GÖRGENS, *Der Lockspitzeleinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 114.

¹⁰⁴¹ Algunos autores aluden a otros preceptos, propios del derecho policial de los *Länder*, para tratar de justificar las actuaciones del agente provocador que persiguen finalidades preventivas. Vid. por ejemplo, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 118; SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., pág. 711, aunque ambos autores finalmente descartan una eventual justificación basada en dichos preceptos.

¹⁰⁴² De este modo, tal y como indica TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 197, la persona, en vez del hecho, sería el criterio que determinaría la licitud de la injerencia en un derecho fundamental.

¹⁰⁴³ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 145. Críticamente, LÜDERSSEN, “Die V-Leute-Problematik oder: Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?“, *Jura*, núm. 3, 1985, pág. 121.

¹⁰⁴⁴ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 143.

delito futuro”¹⁰⁴⁵. De este modo, el tribunal alemán admite que tanto las provocaciones que tienen finalidades represivas —en las cuales concurre una sospecha de que el sujeto provocado ha participado en un delito ya cometido— como las que persiguen finalidades preventivas —en las que existe una sospecha de que se va a realizar un delito futuro— pueden quedar justificadas y, por ende, excluir la apreciación de una *unzulässige Tatprovokation*. Así, la eventual restricción de un derecho fundamental —que, por cierto, el BGH no identifica¹⁰⁴⁶— quedaría legitimada en ambos casos¹⁰⁴⁷.

En todo caso, conviene advertir que cualquier postura que admita la justificación de determinadas provocaciones —ya sea la 2.1) o la 2.2)— se ve obligada a condicionar el castigo del sujeto provocado a las sospechas que tuviera *ex ante* el agente provocador¹⁰⁴⁸. En el caso de las provocaciones que tienen finalidades represivas, dichas sospechas irán referidas a un delito previo. En las que persiguen finalidades preventivas, su objeto será la peligrosidad del sujeto provocado. En ambos supuestos, la verificación *ex post* de que esas sospechas, razonables *ex ante*, no se corresponden con la realidad —el delito previo no existía o el sujeto provocado no era peligroso— será irrelevante a efectos de determinar la responsabilidad del sujeto provocado. Así, en las provocaciones con finalidades represivas, la constatación *ex post* de que no existe el delito que se pretendía descubrir no impedirá que se castigue al sujeto provocado por la infracción favorecida. Del mismo modo, en las provocaciones que persiguen finalidades preventivas, la comprobación *ex post* de que el sujeto provocado no era peligroso —si es que algo así puede ser comprobado¹⁰⁴⁹— tampoco impedirá que sea castigado por el delito promocionado. En este último caso, el dato que determinaría su condena o absolución sería su *peligro aparente* (“*Anscheinsgefahr*”) desde la perspectiva del agente provocador¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁵ BGHSt 45, 321, párr. 51.

¹⁰⁴⁶ Vid. al respecto *supra* el apartado 3 del capítulo III.

¹⁰⁴⁷ El BGH fundamenta la justificación de las provocaciones que persiguen finalidades represivas y preventivas en base a las necesidades, que derivan del principio de Estado de Derecho, de “*combatir la criminalidad especialmente peligrosa y de difícil detección*” (BGHSt 32, 345, párr. 4). Así, por un lado, respecto a las provocaciones que persiguen finalidades represivas, el BGH las estimaría admisibles “*porque, de lo contrario, un amplio campo del crimen -especialmente el del tráfico de drogas a gran escala- permanecería en gran parte sin resolver y las estructuras criminales podrían desarrollarse sin ser importunadas*” (BGHSt 45, 321, párr. 49). Por el otro, en relación a las que tienen finalidades preventivas, el tribunal alemán fundamentaría su admisibilidad “*en la peligrosidad de las personas que son tentadas y la necesidad de prevenir futuros delitos que emanen de ellas*” (BGHSt 47, 44, párr. 11).

¹⁰⁴⁸ MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, cit., pág. 111.

¹⁰⁴⁹ Lo cual, TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 126, pone en duda.

¹⁰⁵⁰ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 143.

Determinar si el sujeto provocado resulta peligroso supone responder a la pregunta de si probablemente hubiera delinquirido en el futuro. En cambio, determinar si el sujeto provocado era *aparentemente peligroso* implica contestar a la cuestión de si el agente provocador tenía razones para sospechar que probablemente hubiera delinquirido en el futuro. Obviamente, en un mismo caso ambas cuestiones pueden resolverse en un sentido distinto¹⁰⁵¹. Así, en los casos en que concurre una *sospecha razonable incorrecta*, o en los que existe una *sospecha irrazonable correcta*, la peligrosidad y la peligrosidad aparente del sujeto provocado no coincidirán¹⁰⁵².

Por último, debe señalarse que los autores que sostienen que las actuaciones del agente provocador pueden quedar justificadas —ya sea por motivos represivos o preventivos— no limitan la impunidad del sujeto provocado a los casos en que no concurren sospechas *ex ante* —ya sean referidas a un delito previo o a su peligrosidad— sino que también extienden dicha consecuencia a las intervenciones *desproporcionadas*¹⁰⁵³. Esto es, a los casos en que, pese a existir una sospecha previa, la incidencia en los derechos fundamentales del sujeto provocado es demasiado intensa como para quedar justificada por las finalidades —represivas o preventivas— que se persiguen. Así, en última instancia, el castigo del sujeto provocado dependerá de un *proceso de ponderación* —propio del principio de proporcionalidad— entre los derechos fundamentales afectados y las necesidades represivas o preventivas que motivan su restricción. Cuando dicha ponderación se decante en favor de los primeros, aunque concurren sospechas previas, la actuación del agente provocador no podrá estimarse justificada y, por tanto, el sujeto provocado deberá ser absuelto.

En esencia, el BGH reproduce este mismo razonamiento cuando afirma que una *Tatprovokation* resulta inadmisibles (“*unzulässig*”) cuando: a) se dirige contra un sujeto no sospechoso; b) se dirige contra un sujeto sospechoso, pero ha tenido un sobrepeso

¹⁰⁵¹ Precisamente por ello, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 143, critica que el BGH, al determinar si concurre una *unzulässige Tatprovokation*, valore la peligrosidad del sujeto provocado con criterios *ex post* —centrándose en si estaba previamente resuelto a delinquir— en vez de decidir conforme a su peligrosidad aparente desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador. En este sentido, el BGH no es coherente con su propio planteamiento. Si aquello que determina la admisibilidad de una *Tatprovokation* es que se dirija “*contra una persona sobre la que recae una sospecha (...) de estar preparada para realizar un delito futuro*” (BGHSt 45, 321, párr. 51), la peligrosidad *ex post* del sujeto provocado debería resultar intrascendente.

¹⁰⁵² REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 162. Vid. *supra* en el apartado 7.1.4 del capítulo III ejemplos de sospecha razonable incorrecta y de sospecha irrazonable correcta.

¹⁰⁵³ HERZOG, “Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung“, NStZ, núm. 4, 1985, pág. 154; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 151; C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 68.

injustificable (“*unvertretbar übergewichtig*”)¹⁰⁵⁴. La valoración conjunta (“*Gesamtwürdigung*”) que realiza el BGH para determinar si una incitación policial dirigida *contra un sospechoso* ha tenido un sobrepeso injustificable representa, en definitiva, un *proceso de ponderación* equiparable al que se acaba de describir¹⁰⁵⁵. Así, cuando el tribunal alemán sostiene que “*cuanto más fuerte sea la sospecha, más persistente podrá ser la estimulación antes de que se alcance el umbral*”¹⁰⁵⁶ de la *unzulässige Tatprovokation*, parece estar ponderando, por un lado, las finalidades represivas o preventivas que persigue el agente provocador y, por el otro, la afectación a los derechos fundamentales del sujeto provocado que supone la incitación¹⁰⁵⁷. De este modo, los resultados prácticos a los que llega el BGH —apreciar la *unzulässige Tatprovokation* cuando no concurren sospechas previas o cuando la actuación del agente provocador resulta desproporcionada respecto a las mismas— no difieren mucho de los que obtiene la doctrina alemana que sostiene la posición 2.2)¹⁰⁵⁸.

6.2. La autodeterminación informativa

El primero de los derechos fundamentales que la doctrina alemana considera restringidos por algunas actuaciones del agente provocador es la autodeterminación informativa (“*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”)¹⁰⁵⁹. Debido a las peculiaridades de este derecho —que no se encuentra reconocido expresamente ni en la *Grundgesetz* alemana

¹⁰⁵⁴ BGH, NStZ 2016, 52, párr. 24. Sobre la configuración de los límites de la *unzulässige Tatprovokation* vid. *supra* el apartado 3 del capítulo III.

¹⁰⁵⁵ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 148.

¹⁰⁵⁶ BGHSt 47, 44, párr. 8.

¹⁰⁵⁷ Sin embargo, al no identificar el BGH ningún derecho fundamental que resulte afectado por las incitaciones del agente provocador, los términos de la ponderación que realiza quedan notablemente oscurecidos. Vid. al respecto, KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, cit., pág. 28. Además, el BGH tampoco establece cuál es el anclaje legal que permitiría justificar dicha restricción en los supuestos en que el agente provocador persigue finalidades represivas o preventivas. En todo caso, tal y como indica WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., pág. 198, la restricción en cuestión nunca podría quedar amparada —como parece deducirse de la jurisprudencia del BGH— por su aptitud funcional para la administración de justicia penal (“*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*”). Esto es, por su capacidad para combatir eficazmente la criminalidad. Esta clase de consideraciones sirven únicamente para delimitar las restricciones que pueden quedar justificadas *en base a una determinada habilitación legal*, pero no pueden funcionar como una habilitación legal en sí misma. Vid. al respecto, MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, cit., pág. 136.

¹⁰⁵⁸ En este sentido, C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 68, admite que “*la concepción aquí defendida coincide en sus resultados (¡no en la fundamentación!) con la jurisprudencia originaria del BGH*”.

¹⁰⁵⁹ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 113; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 50; GOTTSCHALK, “*Verfahrenshindernis bei Tatprovokation durch Lockspitzel?*”, cit., pág. 58; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 62.

ni en la Constitución española— conviene aclarar en primer lugar cuál es su contenido y anclaje constitucional. Una vez se haya delimitado su ámbito aplicativo, se abordará su posible incidencia por parte del agente provocador.

6.2.1. Contenido y anclaje constitucional de la autodeterminación informativa

Tanto la denominación “autodeterminación informativa” (el significante) como el derecho al que hace referencia dicha locución (el significado) tienen su origen en una resolución del BVerfG de principios de los años ochenta¹⁰⁶⁰: la sentencia sobre la Ley del Censo (“*Volkszählungsurteil*”)¹⁰⁶¹. En dicha resolución, el tribunal alemán declaró inconstitucional una ley que autorizaba la recogida de un elevado número de datos relativos a los ciudadanos inscritos en el censo, con el fin de ser sometidos a un posterior tratamiento informatizado¹⁰⁶². Según el BVerfG, la ley en cuestión era incompatible con un derecho, de nuevo cuño, bautizado como “autodeterminación informativa”. Aunque ese derecho no aparece en el catálogo de la *Grundgesetz*, su contenido debe derivarse —de acuerdo con el BVerfG— del reconocimiento constitucional de la dignidad humana (art. 1.1 GG) y del libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG)¹⁰⁶³. En particular, el derecho a la autodeterminación informativa constituiría “*la concreción jurídico-fundamental del derecho común de la personalidad, con la que se trata de combatir las amenazas a la personalidad producidas por los recientes cambios*”¹⁰⁶⁴. Sobre la base de los arts. 1.1 y 2.1 GG, dicho derecho surgiría como respuesta a una nueva realidad social: *el tratamiento automatizado de datos*. En efecto, las nuevas tecnologías permiten acumular datos personales de un sujeto sin límite alguno y, además, combinarlos entre ellos. De este modo, resulta posible elaborar un auténtico *perfil de la personalidad* del sujeto al que se refieren dichos datos, sin que el mismo pueda controlar suficientemente su exactitud y utilización¹⁰⁶⁵. Así, según el propio BVerfG “*en virtud de esta evolución de los condicionamientos tecnológicos, es posible producir una imagen total y*

¹⁰⁶⁰ GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, cit., pág. 187, afirma que la mayor parte de la doctrina identifica en dicha sentencia el origen de la expresión “derecho a la autodeterminación informativa”.

¹⁰⁶¹ BVerfGE 65, 1. Puede encontrarse una traducción de DARANA al castellano en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 33, págs. 126-170.

¹⁰⁶² GALÁN JUÁREZ, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 208; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, cit., pág. 76.

¹⁰⁶³ DÍAZ REVORIO, “Tribunal Constitucional y creación de derechos no escritos”, en *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 241, explica que el BVerfG suele emplear estos preceptos como base para introducir nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional alemán.

¹⁰⁶⁴ BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 132.

¹⁰⁶⁵ GALÁN JUÁREZ, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 219.

*pormenorizada de la persona respectiva, un perfil de la personalidad, incluso en el ámbito de la intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en hombre de cristal*¹⁰⁶⁶.

Ante esta nueva realidad, y los riesgos que ella comporta, el BVerfG reconoció el derecho a “*decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida*”¹⁰⁶⁷. Así, mediante el derecho a la autodeterminación informativa, se faculta al ciudadano a tener potestad e injerencia en el manejo que entidades públicas y privadas hagan sobre sus datos personales¹⁰⁶⁸. De acuerdo con el tribunal alemán, los contornos de este derecho se definen, básicamente, por dos elementos. En primer lugar, el *objeto* del derecho a la autodeterminación informativa está constituido por *cualquier dato personal*, con independencia de su eventual carácter íntimo¹⁰⁶⁹. En este sentido, el BVerfG, de forma coherente con la razón que motivó el surgimiento de este nuevo derecho, afirmó que “*bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ningún dato sin interés (...) el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de si afectan o no a procesos de la intimidad. Hace falta más bien conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones para el derecho de la personalidad*”¹⁰⁷⁰. En consecuencia,

¹⁰⁶⁶ BVerfGE 65, 1, párr. 102. Vid. BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 108. PÉREZ LUÑO, “La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) y los derechos fundamentales”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993, págs. 416 y ss., siguiendo con la metáfora del BVerfG, se refiere al síndrome de la pecera, psicosis que aqueja a los ciudadanos ante el hecho de vivir en una casa de cristal donde todas sus acciones pueden ser controladas. GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, cit., pág. 205, expresa con especial claridad los riesgos que esto implica: “*Cuando la persona percibe que está siendo observada, cuando toma conciencia de que todas sus acciones quedan registradas y de que eso puede ocasionarle algún perjuicio en su consideración social, trabajo, etc., lo más frecuente será que condicione a ello su comportamiento, perdiendo la espontaneidad y sometiendo sus actos a lo que crea que es más conveniente que conste en el registro*”. Del mismo modo, el propio BVerfG plantea un ejemplo muy gráfico para ilustrar esos mismos riesgos: “*Quién sepa de antemano que su participación en una reunión o en una iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades, y que podrán derivarse riesgos para él por esto motivo, renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales*” (BVerfGE 65, 1, párr. 154).

¹⁰⁶⁷ BVerfGE 65, 1, párr. 152. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 94, afirma que el contenido de la autodeterminación informativa “*lo integra el derecho de todo ciudadano a saber quién, qué, cuándo y de qué manera dispone de información acerca de uno mismo*”. En términos similares, ROMERO SÁNCHEZ, “Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada: Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán”, *Criminalidad*, núm. 2, 2015, pág. 326, lo define como “*el derecho que les asiste a las personas a saber quién y en qué forma tiene acceso a sus datos personales, con qué objetivos y bajo qué circunstancias*”.

¹⁰⁶⁸ GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 209.

¹⁰⁶⁹ GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 28.

¹⁰⁷⁰ BVerfGE 65, 1, párr. 159. BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 132, expresa esta misma idea con especial claridad: “*El que las informaciones puedan considerarse sensibles no depende de que afecten a circunstancias íntimas. Bajo las condiciones del tratamiento automático ningún dato es insignificante*”.

incluso los datos públicos resultarían protegibles mediante este derecho¹⁰⁷¹, pues su acumulación ilimitada y posterior tratamiento automatizado posibilitarían la elaboración de perfiles de personalidad que, en última instancia, pueden afectar a la esfera íntima del ser humano¹⁰⁷². Por otro lado, el segundo elemento característico de este derecho es que su *contenido* no se limita a la facultad (negativa) de rechazar la divulgación de datos personales, sino que también incluye la potestad (positiva) de acceder a la información que le concierne y controlar el uso que se hace de la misma a través de su tratamiento automatizado¹⁰⁷³. De este modo, el derecho a la autodeterminación informativa cobra una dimensión institucional —propia de los denominados “derechos de tercera generación”¹⁰⁷⁴— que exige de los poderes públicos la adopción de garantías en el tratamiento de datos personales y, al mismo tiempo, les impone obligaciones de información (activas) que permitan un control efectivo de dicho tratamiento por parte de los ciudadanos¹⁰⁷⁵.

La sentencia del BVerfG tuvo una gran influencia sobre el Tribunal Constitucional español¹⁰⁷⁶ que, más de una década después, reconoció un derecho de contornos similares¹⁰⁷⁷. No obstante, en nuestro país, el *anclaje constitucional* del derecho a la autodeterminación informativa —denominación que, en ocasiones, ha sido duramente criticada por la doctrina por constituir una traducción literal de la locución alemana¹⁰⁷⁸— tiene poco que ver con el propio del ordenamiento germano. Como se verá a continuación, esta diferencia tiene importantes repercusiones sobre el *alcance* del derecho a la autodeterminación informativa en nuestro país.

El Tribunal Constitucional español, al contrario que el BVerfG, no admite la posibilidad de derivar nuevos derechos fundamentales a partir de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, por ello, el reconocimiento de la autodeterminación informativa requiere, en nuestro ordenamiento, un apoyo jurídico-

¹⁰⁷¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 337.

¹⁰⁷² GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 224.

¹⁰⁷³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 240.

¹⁰⁷⁴ PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pág. 212; PIZZORUSSO, “Las «generaciones» de derechos”, *ADH*, núm. 3, 2002, pág. 297.

¹⁰⁷⁵ GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 26.

¹⁰⁷⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 238.

¹⁰⁷⁷ SSTC 254/1993, de 20-7; 11/1998, de 13-1; 292/2000, de 30-11.

¹⁰⁷⁸ Especialmente crítico se muestra VELASCO NÚÑEZ, *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 211. También GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, cit., pág. 188, indicando que, en la doctrina y la jurisprudencia española, suelen emplearse las denominaciones de “derecho a la protección de datos”, “libertad informática” o “derecho a la intimidad informática” para aludir a este mismo derecho.

positivo adicional¹⁰⁷⁹. De forma un tanto sorprendente, el TC ha identificado dicho apoyo en el art. 18.4 CE. Es decir, ha inferido el derecho a la autodeterminación informativa de un precepto que tiene el siguiente tenor literal: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Dejando de lado las evidentes dificultades interpretativas para sustentar la existencia de un derecho fundamental en base a dicho artículo —que tiene la formulación propia de un mandato dirigido al legislador y no la del reconocimiento de un derecho¹⁰⁸⁰— la referencia expresa del texto constitucional al “*uso de la informática*” impone una importante limitación al *alcance* de la autodeterminación informativa en el ordenamiento español. Esta es, que el derecho a la autodeterminación informativa solo opera frente “*a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la «informática»*”¹⁰⁸¹. En otras palabras, que la autodeterminación informativa de un sujeto solo puede ser vulnerada mediante el tratamiento automatizado o informatizado de datos¹⁰⁸². Esta limitación marca una diferencia —especialmente relevante a efectos de este trabajo— entre el contenido del derecho a la autodeterminación informativa en Alemania y en España. Así, aunque el reconocimiento de este derecho por parte del BVerfG surgió como reacción a los riesgos del tratamiento automatizado de datos, su alcance se ha extendido posteriormente a otros ámbitos¹⁰⁸³. En este sentido, la fundamentación de la autodeterminación informativa en base a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG) permite que los límites de este derecho no queden circunscritos a los supuestos para los que fue inicialmente concebido. En cambio, el anclaje constitucional escogido por el TC excluye del ámbito de aplicación de este derecho cualquier tratamiento no automatizado de información¹⁰⁸⁴. Es decir, impide

¹⁰⁷⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 334.

¹⁰⁸⁰ Críticamente, GAY FUENTES, *Intimidación y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 30, afirmando que dicho precepto solamente reclama el establecimiento de garantías institucionales del uso de la informática para preservar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, ya sean estos constitucionales o meramente de configuración legal. Además, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 262, señala que la posibilidad de configurar el art. 18.4 CE como un derecho fundamental fue planteada, y rechazada, en los debates del constituyente (en concreto, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas).

¹⁰⁸¹ STC 254/1993, de 20-7.

¹⁰⁸² GRIMALT SERVERA, “El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales”, en *X años de encuentros sobre informática y derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 156; GALÁN JUÁREZ, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 224; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 337.

¹⁰⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 94.

¹⁰⁸⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 298.

que su protección pueda extenderse a injerencias que no provengan de aquello que la Constitución denomina “*la informática*” (art. 18.4 CE)¹⁰⁸⁵.

En todo caso, conviene poner de manifiesto que la *Grundgesetz* no reconoce expresamente el derecho a la intimidad¹⁰⁸⁶. En Alemania, el contenido de este derecho ha sido inferido —al igual que la autodeterminación informativa— del reconocimiento de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG)¹⁰⁸⁷. En cambio, la Constitución española sí que incorpora explícitamente la intimidad en su catálogo de derechos fundamentales (art. 18.1 CE). Esta diferencia entre uno y otro texto constitucional ha motivado que gran parte de la doctrina española se muestre especialmente crítica con la “importación” que realiza el TC del planteamiento del BVerfG¹⁰⁸⁸. En esencia, dichas críticas ponen de relieve que, en nuestro ordenamiento jurídico, resulta innecesario reconocer la autodeterminación informativa como un derecho autónomo —forzando para ello la dicción literal del art. 18.4 CE— debido a que su contenido podría ser perfectamente integrado dentro del derecho a la intimidad. En efecto, una interpretación del derecho a la intimidad adaptada a las condiciones tecnológicas actuales podría ofrecer una protección eficaz frente al acopio de datos de carácter personal

¹⁰⁸⁵ GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, cit., pág. 207, afirma que la referencia del art. 18.4 CE a la “informática” no debería excluir la protección de los datos personales registrados en ficheros manuales. Según esta autora “*salta a la vista que el art. 18.4 CE se refiere al uso de la «informática», pero no se puede atender tan literalmente a la Constitución*”. Del mismo modo, en la STC 292/2000, de 30-11, se alude a una faceta de la autodeterminación informativa del siguiente modo: “*Ese derecho a consentir el conocimiento y tratamiento, informático o no, de los datos personales*”. De esta forma, el TC parecería ampliar el objeto de protección de este derecho más allá de la informática. No obstante, con independencia del tratamiento de que merezcan los datos inscritos en ficheros manuales —cuestión que se aleja mucho del objeto de este trabajo— en mi opinión, el tenor literal del art. 18.4 CE ha de imponer algún tipo de límite al derecho que se sustenta en él. La dicción de este precepto no puede ser completamente obviada a la hora de delimitar el alcance de la autodeterminación informativa, pues, de lo contrario, la referencia al mismo sería gratuita. Si el TC no está dispuesto a inferir nuevos derechos fundamentales de la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad —tal como hace el BVerfG— y considera necesario hallar un anclaje jurídico-positivo para ello, luego no puede desatender el contenido de dicho anclaje a la hora de delimitar el derecho que anuda a él. La referencia a la “informática” es la única parte del art. 18.4 CE que resulta inteligible si dicho precepto se configura como el sustento de un nuevo derecho fundamental. Por ello, los límites de la autodeterminación informativa deben vincularse, de algún modo, a la informática. Quizás pueda interpretarse que el concepto constitucional de informática resulta más amplio que su significado técnico —y puede que ello permita incluir en él los ficheros manuales— pero, si las palabras han de significar algo, no cualquier cosa puede ser “informática”.

¹⁰⁸⁶ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pág. 95.

¹⁰⁸⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 242, indica que, ante la falta de un reconocimiento positivo de la intimidad en la *Grundgesetz*, este derecho se ha tutelado en Alemania “*exactamente por el mismo procedimiento que la autodeterminación informativa y, en lo esencial, con la misma fundamentación*”.

¹⁰⁸⁸ ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Comares, Granada, 1994, pág. 46; GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 30; JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 61; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 344.

que, puestos en relación, puedan convertir a los ciudadanos en personas de cristal (“*gläsernen Menschen*”)¹⁰⁸⁹. Es cierto que tradicionalmente la intimidad se ha presentado como un derecho de estructura negativa vinculado a un conjunto limitado de datos “íntimos” y no a cualquier tipo de información personal¹⁰⁹⁰. No obstante, *la interrelación de datos no íntimos sí que afecta a la intimidad*¹⁰⁹¹. La acumulación y puesta en conexión de informaciones no íntimas puede afectar a la esfera íntima de los ciudadanos. Por ello, tal y como indica buena parte de la doctrina española¹⁰⁹², el contenido de la autodeterminación informativa podría haberse incorporado a nuestro ordenamiento constitucional como una faceta del derecho a la intimidad, en vez de configurarse como un derecho separado que pende del art. 18.4 CE y que, por mor de dicho precepto, queda limitado al ámbito de “*la informática*”.

No obstante, aunque el TC barajó esta posibilidad en sus primeras sentencias sobre esta cuestión¹⁰⁹³, en el año 2000 consolidó de modo definitivo el reconocimiento de la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo¹⁰⁹⁴. Según el TC, dicho derecho “*excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)*”¹⁰⁹⁵. De este modo, en lo aquí interesa, la principal diferencia entre el derecho a la intimidad y la

¹⁰⁸⁹ BVerfGE 65, 1, párr. 102.

¹⁰⁹⁰ GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., págs. 21 y 28.

¹⁰⁹¹ ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, cit., pág. 49.

¹⁰⁹² ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, cit., pág. 46; GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 30; JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales*, cit., pág. 61; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 344. En sentido contrario, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 156; PÉREZ LUÑO, “La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales”, en *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 137; GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 23, consideran que la noción de intimidad que recoge la Constitución —que algunos califican de “preinformática”— no puede abarcar la protección de cualquier tipo de dato personal y que, por ello, resulta necesario configurar la autodeterminación informativa como un derecho autónomo.

¹⁰⁹³ En la STC 254/1993, de 20-7, el TC oscila entre la afirmación de un nuevo derecho o una interpretación evolutiva del derecho a la intimidad. Posteriormente, en la STC 143/1994, de 9-5, la referencia a un derecho autónomo a la autodeterminación informativa desaparece completamente de los razonamientos del TC, argumentando exclusivamente con base al derecho a la intimidad. No obstante, en la STC 11/1998, de 13-1, se reconoce, de nuevo, la presencia de un nuevo derecho fundamental anclado en el art. 18.4 CE. Vid. en este sentido, GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 29; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., págs. 295 y 302.

¹⁰⁹⁴ STC 292/2000, de 30-11. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 312.

¹⁰⁹⁵ SSTC 292/2000, de 30-11; 96/2012, de 7-5; 58/2018, de 4-6.

autodeterminación informativa radica en su distinto *objeto de protección*¹⁰⁹⁶. Mientras que la intimidad solamente abarcaría la información que concierne a la esfera privada de un individuo, la autodeterminación informativa extendería su protección a cualquier dato personal, sea íntimo o no, que se encuentre en un soporte susceptible de tratamiento automatizado¹⁰⁹⁷. Esto es, en definitiva, un soporte que sea reconducible a lo que la Constitución denomina “*la informática*”¹⁰⁹⁸.

La diferencia entre el contenido de ambos derechos puede ilustrarse de forma muy gráfica mediante la comparación de los arts. 197.1 y 197.2 CP. Así, mientras que el objeto de protección del art. 197.1 CP sería el derecho a la intimidad —el elemento subjetivo de este delito exige en todo caso que las conductas típicas se realicen “*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro*”— el propio del art. 197.2 CP se correspondería con el contenido de la autodeterminación informativa: “*datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*”¹⁰⁹⁹.

6.2.2. Infiltraciones policiales, autodeterminación informativa e intimidad

Tal como se ha puesto de manifiesto, el alcance del derecho a la autodeterminación informativa en España no es idéntico al que tiene en Alemania. Esta diferencia es

¹⁰⁹⁶ La otra diferencia más relevante entre ambos derechos sería que la autodeterminación informativa, además de otorgar la facultad negativa de rechazar la difusión de ciertos datos, también incluiría potestades positivas de control y determinadas garantías institucionales. En este sentido, la STC 292/2000, de 30-11, afirma que “*el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE (...) el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales*”.

¹⁰⁹⁷ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pág. 94; GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., págs. 206 y 211; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, cit., pág. 95; GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, cit., pág. 218.

¹⁰⁹⁸ En este sentido GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 212, se refiere a la autodeterminación informativa como “*un nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática, o sea, el derecho a controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en un programa electrónico*”.

¹⁰⁹⁹ En este sentido se pronuncian expresamente las SSTS 586/2016, de 4-7; 803/2017 de 11-12: “*la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional*”. También GÓMEZ NAVAJAS, “La protección de los datos personales en el Código Penal español”, RJCL, núm. 16, 2008, pág. 330.

particularmente relevante a los efectos de determinar si, en nuestro ordenamiento jurídico, la actuación de un agente provocador puede vulnerar la autodeterminación informativa del sujeto provocado. Para ilustrar por qué esto es así, resulta de gran utilidad abordar, aunque sea sucintamente, una discusión paralela a la que atañe a esta investigación: *la eventual incidencia de las infiltraciones policiales en los derechos fundamentales*. Establecer cuándo y por qué dichas infiltraciones restringen derechos fundamentales aportará un marco de referencia axiológico muy útil para, posteriormente, analizar con mayor claridad la posible vulneración del derecho a la autodeterminación informativa por parte del agente provocador.

En primer lugar, conviene recordar que las *infiltraciones policiales* son aquellas actuaciones de la policía en que sus agentes —denominados *agentes infiltrados*— ocultan su identidad y sus verdaderas intenciones. La doctrina considera que algunas infiltraciones policiales —las *infiltraciones policiales de larga duración*— restringen un derecho fundamental y, por ello, requieren el previo plácet del art. 282 bis LECrim para ser legítimas. En cambio, otras infiltraciones —las *infiltraciones policiales de corta duración*— no tendrían incidencia en derecho alguno y, en consecuencia, podrían llevarse a término legítimamente sin la autorización del art 282 bis LECrim. La principal diferencia entre las primeras y las segundas tendría que ver con la *duración* y la *intensidad* de la infiltración policial. Las infiltraciones que hayan generado *relaciones de confianza* prolongadas con las personas investigadas tenderán a ser calificadas como infiltraciones de larga duración, mientras que aquellas otras que no hayan generado vínculos personales relevantes con las mismas acostumbrarán a ser consideradas como infiltraciones de corta duración¹¹⁰⁰.

Según la doctrina española, el derecho fundamental que se vería afectado en las infiltraciones policiales de larga duración y, en cambio, permanecería incólume en las de corta duración, sería, o bien la *autodeterminación informativa*¹¹⁰¹, o bien la *intimidad*¹¹⁰². Es decir, uno de estos derechos permitiría dividir las infiltraciones policiales en dos grandes grupos: aquellas que lo restringen —infiltraciones policiales de larga duración—

¹¹⁰⁰ Vid. más extensamente la delimitación conceptual desarrollada *supra* en el apartado 8.1.1. del capítulo IV.

¹¹⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 102; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador", cit., pág. 132.

¹¹⁰² LÓPEZ ORTEGA, "La protección de la intimidad en la investigación penal", cit., pág. 297; DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la criminalidad organizada", cit., pág. 9; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, "Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos", cit., pág. 1532; DARÍO CERINA, "La lucha contra la delincuencia organizada", cit., pág. 170; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 183; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, "La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción", cit., pág. 522.

y aquellas que no —infiltraciones policiales de corta duración—. El objetivo de este epígrafe es determinar: 1) cuál de los dos derechos fundamentales podría verse afectado por una infiltración policial; 2) si el contenido de ese derecho puede explicar la distinción entre infiltraciones de corta y larga duración.

Pues bien, teniendo en cuenta el alcance del derecho a la autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico español, resulta sencillo descartar que este derecho pueda ser vulnerado mediante una infiltración policial. Con independencia de su duración e intensidad, *las infiltraciones policiales no pueden restringir el derecho a la autodeterminación informativa*. El motivo resulta evidente: una infiltración policial, por muy prolongada que sea, no puede ser reconducida a aquello que la Constitución denomina “*la informática*” (art. 18.4 CE). El derecho a la autodeterminación informativa, al menos en nuestro país, solo puede ser vulnerado mediante el tratamiento automatizado o informatizado de datos y, como puede advertirse fácilmente, la actuación de un agente infiltrado, por sí misma, no guarda relación alguna con dicho tratamiento. Es cierto que mediante una infiltración policial —sobre todo si esta se alarga mucho en el tiempo— pueden accederse a multitud de datos personales que, seguramente, los sujetos investigados no hubieran compartido con alguien que se presentara como policía. No obstante, el objeto de protección de la autodeterminación informativa no está constituido por cualquier clase de información personal, sino únicamente por aquella que se encuentre plasmada en un soporte que la haga susceptible de tratamiento automatizado. Por ello, en tanto que los datos personales a los que accede el agente infiltrado no se incorporen a un soporte de dichas características, su actuación no podrá vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa del sujeto engañado.

En mi opinión, la doctrina española que considera vulnerada la autodeterminación informativa por las infiltraciones policiales de larga duración se encuentra excesivamente influida por los planteamientos de la literatura germana y, precisamente por ello, no ha tomado en cuenta la particular configuración de este derecho en nuestro ordenamiento constitucional¹¹⁰³. En este sentido, la doctrina alemana no ha tenido demasiados

¹¹⁰³ Dicha influencia se pone expresamente de manifiesto cuando GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 100, identifica las bases positivas del derecho a la autodeterminación informativa en el “*art. 10 CE, que proclama la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. Se trata, con ello, de proceder de manera análoga a como ha operado la jurisprudencia constitucional alemana a la hora de buscarle una incardinación positiva al Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”. En términos casi idénticos, NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 133. De este modo, los autores mentados derivan directamente el contenido de este derecho de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad —al modo del BVerfG— obviando que la jurisprudencia constitucional española, en el

problemas en extender el alcance de la autodeterminación informativa más allá del tratamiento automatizado de datos y, en virtud de ello, sostener que el *verdeckter Ermittler* restringe dicho derecho¹¹⁰⁴. No obstante, el BVerfG deriva directamente este derecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG), lo cual ha permitido que sus límites no se entiendan circunscritos a los supuestos para los que fue inicialmente concebido. En efecto, si se obvian los motivos que llevaron al BVerfG a reconocer el derecho a la autodeterminación informativa —los riesgos derivados del tratamiento automatizado de datos— y se delimita su contenido como “*la facultad del individuo para decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida*”¹¹⁰⁵ resulta factible sostener que mediante el engaño de un agente infiltrado puede vulnerarse este derecho¹¹⁰⁶. En cambio, el anclaje constitucional de la autodeterminación informativa en España (art. 18.4 CE) limita necesariamente el alcance de este derecho al ámbito de “*la informática*”. De este modo, su objeto de protección no puede ampliarse más allá del tratamiento automatizado de datos.

momento de publicación de sus respectivos trabajos, ya había consolidado su reconocimiento en base al art. 18.4 CE (STC 292/2000, de 30-11).

¹¹⁰⁴ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 107; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 50; TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 59.

¹¹⁰⁵ BVerfGE 65, 1, párr. 152

¹¹⁰⁶ En este sentido, la postura de GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 94, y NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 132, puede explicarse por la definición de autodeterminación informativa que emplean como “*derecho a saber quién, qué, cuándo, y de qué forma, dispone de información acerca de uno mismo*”. Partiendo de esta definición, resulta muy complicado negar que las infiltraciones policiales de larga duración restrinjan este derecho. Es más, con una interpretación literal de la misma, cualquier infiltración policial —con independencia de su duración e intensidad—afectaría necesariamente a la autodeterminación informativa. La STS 277/2016, de 6-4, parece advertir este problema cuando afirma que las infiltraciones policiales podrían afectar a “*un derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa (recht auf informationelle selbstbestimmung)*” y, a renglón seguido, excluye que dicha afectación requiera en todo caso autorización judicial: “*Las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial. Ese es el primero de los derechos que puede verse afectado. Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (v.gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, no precisan de ese previo plázet judicial*”. No obstante, la admisión de las infiltraciones policiales de corta duración no constituye un argumento para sostener que la autodeterminación informativa pueda restringirse sin el plázet del art. 282 bis LECrim, pues la admisión de las infiltraciones policiales de corta duración es la *consecuencia* de entender que la autorización del art. 282 bis LECrim no es necesaria para justificar ciertas restricciones de la autodeterminación informativa y no la *razón* por la que esto es así. Además, no resulta coherente con la jurisprudencia del TC admitir que una actuación policial pueda restringir un derecho fundamental sin autorización judicial cuando no existen razones de urgencia que lo justifiquen. Vid al respecto SSTC 70/2002, de 3-4; 173/2011, de 7-11; 115/2013, de 9-5.

En cambio, no existe ningún argumento que permita negar *prima facie* la afectación de las infiltraciones policiales al derecho a la *intimidad* (art. 18.1 CE)¹¹⁰⁷. Al contrario de lo que ocurre con la autodeterminación informativa, la protección que ofrece el derecho a la intimidad no queda limitada a las injerencias procedentes de “la informática”, sino que se extiende a “*toda intromisión en la esfera íntima de la persona*”¹¹⁰⁸. Además, los argumentos que esgrime la doctrina alemana para sostener que ciertas infiltraciones policiales vulneran la autodeterminación informativa pueden ser reconducidos, en nuestro ordenamiento, a este derecho fundamental (que no se encuentra reconocido como tal en la *Grundgesetz* alemana)¹¹⁰⁹. Al fin al cabo, buena parte de la doctrina constitucionalista española considera que el contenido de la autodeterminación informativa podría haberse incorporado a nuestro sistema jurídico como una faceta del derecho a la intimidad¹¹¹⁰. Por tanto, la disyuntiva acerca de cuál puede ser el derecho fundamental afectado por las infiltraciones policiales —autodeterminación informativa o intimidad— debe resolverse en favor de la intimidad. De este modo, *la posible incidencia de las infiltraciones policiales en el patrimonio iusfundamental del sujeto que resulta engañado deberá valorarse desde el prisma de su derecho a la intimidad*.

La cuestión que resta ahora por resolver es si el derecho a la intimidad puede explicar la distinción entre las infiltraciones policiales de corta y larga duración. Esto es, si resulta sostenible afirmar que, en función de su duración e intensidad, una infiltración policial afectará (o no) al derecho a la intimidad del sujeto engañado.

En la doctrina y la jurisprudencia española existen tres posturas diferentes acerca de la eventual afectación de las infiltraciones policiales en el derecho a la intimidad: a) toda infiltración policial restringe el derecho a la intimidad; b) ninguna infiltración policial

¹¹⁰⁷ Precisamente, la primera sentencia que se enfrenta a esta cuestión (antes de que se introdujera en la LECrim la regulación del agente encubierto) aludía expresamente a este derecho al afirmar que la intervención de un agente infiltrado “*es una injerencia en la vida privada del sospechoso, y debiera estar prevista en la Ley las condiciones de su ejercicio, reservándola a las infracciones penales especialmente graves y restringida, por supuesto, a los individuos o agentes de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado*” (STS 2431/1993, de 3-11).

¹¹⁰⁸ SSTC 196/2004, de 15-11; 206/2007, de 24-9; 70/2009, de 23-3; 12/2012, de 30-1; 96/2012, de 7-5.

¹¹⁰⁹ Lo cual, en última instancia, parece admitir el propio GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 101, cuando afirma que “*siempre resultará posible encuadrar esta faceta del libre desarrollo de la personalidad dentro del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), entendido, por supuesto, en un sentido muy amplio o laxo, pero conforme con las tendencias jurisprudenciales a reconocerle un carácter flexible y una cierta fuerza expansiva a este derecho fundamental*”. En el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 132, nota 160.

¹¹¹⁰ ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, cit., pág. 46; GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, cit., pág. 30; JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, cit., pág. 61; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 344.

restringe, por sí misma, el derecho a la intimidad; c) algunas infiltraciones policiales restringen, por sí mismas, el derecho a la intimidad. Adviértase que las opciones a) y b) niegan el presupuesto conceptual de la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración. Este es, que algunas infiltraciones policiales afectan a derechos fundamentales —las de larga duración— y otras no —las de corta duración—¹¹¹¹. Únicamente la opción c) deja en pie la distinción entre infiltraciones de larga y corta duración.

La postura que sostiene que *todas las infiltraciones policiales restringen el derecho a la intimidad* ha sido defendida por un sector minoritario de la doctrina española¹¹¹². De acuerdo con este planteamiento “*la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad*”¹¹¹³. De este modo, cualquier clase de información que obtenga el agente infiltrado mediante el engaño que lo caracteriza estaría protegida por el derecho a la intimidad. A estos efectos, lo relevante sería que “*las informaciones obtenidas por el infiltrado no se facilitarían espontáneamente a este si supiera que se trata de un agente policial*”¹¹¹⁴. En tanto que dicha información, sea cuál sea, se haya obtenido a través de un engaño, el derecho a la intimidad debería entenderse vulnerado¹¹¹⁵. En consecuencia, con independencia de su duración e intensidad, las infiltraciones policiales siempre serían lesivas del derecho a la intimidad.

El desarrollo coherente de esta posición comportaría que *toda infiltración policial, para ser legítima, debería ser autorizada en virtud del art. 282 bis LECrim*. En efecto, si todas las infiltraciones policiales necesitan justificación —por restringir el derecho a la intimidad— las únicas infiltraciones policiales legítimas serán aquellas que se encuentren justificadas. Es decir, aquellas que cumplan con los requisitos que exige el art. 282 bis

¹¹¹¹ Si todas las infiltraciones policiales restringen el derecho a la intimidad (a), el presupuesto conceptual de las infiltraciones policiales de corta duración —algunas infiltraciones *no afectan* a derechos fundamentales— resulta inviable. Si ninguna infiltración policial restringe el derecho a la intimidad (b), la premisa de las infiltraciones policiales de larga duración —algunas infiltraciones *afectan* a derechos fundamentales— también resulta insostenible.

¹¹¹² DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada”, cit., pág. 9; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532; CARDOSO PEREIRA, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, cit., pág. 699; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, cit., pág. 522.

¹¹¹³ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, cit., pág. 522. En términos muy similares DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada”, cit., pág. 9. También GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1532, afirma que “*El engaño del Estado vulnera el derecho a la intimidad como derecho vinculado por nuestro Alto Tribunal con el libre desarrollo de la personalidad, dignidad y calidad de vida*”.

¹¹¹⁴ CARDOSO PEREIRA, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, cit., pág. 699.

¹¹¹⁵ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, cit., pág. 522

LECrim para que un policía pueda “actuar bajo identidad supuesta”. El resto de infiltraciones policiales —es decir, todas aquellas que no cuenten con el plácet del art. 282 bis LECrim— deberían estimarse ilegítimas y, por ello, las pruebas que derivaran de ellas serían nulas (art. 11 LOPJ)¹¹¹⁶.

Pues bien, como ha señalado muy atinadamente la jurisprudencia, este planteamiento “haría ilegítima, incluso imposible, cualquier actuación de las que permite el art. 282 bis LECrim. En efecto, pues el precepto habla de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, esto es, de indagaciones policiales, obviamente ya en marcha, generadoras de una información de cierta calidad y, por eso, apta para hacer pertinente y dotar de fundamento el recurso a la medida que se considera; que, es obvio, por su carácter extraordinario, solo podría adoptarse a la vista de datos de evidente consistencia”¹¹¹⁷. Esta objeción resulta muy convincente. La autorización del art. 282 bis LECrim debe adoptarse “mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación” que, en todo caso, debe ir referida a “actividades propias de la delincuencia organizada” (art. 282 bis.1 LECrim). Si el Juez de Instrucción —o el Ministerio Fiscal en su caso— debe ponderar, de forma motivada, la proporcionalidad de la medida que autoriza —y, por tanto, su idoneidad para los fines de la investigación— requerirá para ello cierta información sobre su viabilidad. Dicha información difícilmente

¹¹¹⁶ Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite que las injerencias leves en el derecho a la intimidad puedan entenderse justificadas, al amparo del art. 282 LECrim, sin necesidad de contar con una autorización judicial (SSTC 70/2002, de 3-4; 173/2011, de 7-11; 115/2013, de 9-5). En este sentido, se ha admitido que la policía pueda examinar el contenido de una agenda de contactos de un teléfono móvil, una carta, o un ordenador, sin contar con el correspondiente plácet judicial. Siguiendo esta línea jurisprudencial, podría afirmarse que algunas infiltraciones policiales —aquellas que solo comportan una injerencia leve en la intimidad— quedan justificadas por el art. 282 LECrim (y no por el art. 282 bis LECrim) y, en consecuencia, las pruebas obtenidas a través de ellas deben estimarse lícitas. De este modo, aunque toda infiltración policial restringiera el derecho a la intimidad, la ausencia del plácet del art. 282 bis LECrim no determinaría en todo caso su ilegitimidad. No obstante, este planteamiento no resulta sostenible desde las propias premisas del TC. De acuerdo con este tribunal, las restricciones leves del derecho a la intimidad que no se encuentren judicialmente autorizadas solo serán legítimas “en los supuestos en que concurran motivos justificados para la intervención policial inmediata” (STC 173/2011, de 7-11). Es decir, cuando concurran razones de urgencia que hagan que “una eventual espera por el tiempo necesario para obtener la autorización judicial hubiera hecho probablemente inútil la intervención” (STS 70/2002, de 3-4). Vid. al respecto LÓPEZ ORTEGA, “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal”, cit., pág. 306. Teniendo en cuenta que toda infiltración policial requiere una mínima preparación —que haga verosímil el engaño en que se basa— y que la autorización del art. 282 bis LECrim puede ser otorgada por el Ministerio Fiscal —dando cuenta inmediata al Juez— resulta difícil imaginar un supuesto en el que concurran las razones de urgencia que podrían justificar la actuación de un agente infiltrado sin el plácet del art. 282 bis LECrim. Además, si se admite que dicha actuación restringe el derecho a la intimidad —aunque sea de forma leve— su legitimidad quedaría condicionada al mismo juicio de proporcionalidad al que se somete la autorización del art. 282 bis LECrim —aunque por motivos de urgencia fuera realizado por un policía en lugar de por un juez— y, como se verá a continuación en el texto, dicho juicio de ponderación plantea un problema (práctico) irresoluble.

¹¹¹⁷ STS 277/2016, de 6-4.

podrá ser obtenida si el agente infiltrado, antes de recibir la autorización, no ha podido establecer ningún contacto con los miembros de la organización criminal en la que trata de introducirse (por requerir dicho contacto, a su vez, el plácet del art. 282 bis LECrim que, al mismo tiempo, también debería fundarse en información que acreditase su idoneidad para los fines de la investigación, etc.). Por ello, no le falta razón a la jurisprudencia cuando afirma que “*cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio*”¹¹¹⁸. Si las únicas infiltraciones policiales legítimas son aquellas que cuentan con la autorización del art. 282 bis LECrim, o bien dicha autorización debería otorgarse sin contar con información acerca de su viabilidad —desvirtuando de este modo el juicio de proporcionalidad al que debe someterse su concesión—, o bien las infiltraciones legítimas serían, a efectos prácticos, irrealizables¹¹¹⁹. *Tertium non datur*.

De todas formas, la objeción expuesta no ataca a la premisa del argumento —todas las infiltraciones policiales restringen el derecho a la intimidad— sino solo a sus consecuencias. Desde mi punto de vista, la postura que defiende que la intimidad se ve afectada por cualquier infiltración policial —con independencia de su duración e intensidad— resulta insostenible porque *parte de un concepto de intimidad excesivamente amplio*. En efecto, según los autores señalados, el derecho a la intimidad otorgaría a su titular un “*poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto*”¹¹²⁰. De este modo, su contenido sería muy similar —si no idéntico— al que tiene en Alemania el derecho a la autodeterminación informativa¹¹²¹. De acuerdo con este planteamiento, cualquier dato personal, sea íntimo o no, estaría protegido por el derecho a la intimidad y, por tanto, su obtención a través del engaño policial vulneraría el poder de control de su titular. Pues bien, esta premisa, en mi opinión, no puede ser compartida.

¹¹¹⁸ STS 277/2016, de 6-4.

¹¹¹⁹ En este sentido, la STS 575/2013, de 28-6, afirma que “*carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curiosease entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible*”.

¹¹²⁰ DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada”, cit., pág. 9; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, cit., pág. 522.

¹¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 103.

El derecho a la intimidad otorga “*el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida*”¹¹²². Sin embargo, no abarca cualquier tipo de dato personal, sino solo aquellos que pertenecen a la “esfera íntima” o la “vida privada” de su titular. Aunque no resulta nada fácil definir cuál es el contenido de la intimidad¹¹²³ —esto es, el ámbito que abarca la “esfera íntima” o la “vida privada” de una persona— *no cualquier cosa puede ser intimidad*. El simple hecho de que el sujeto engañado no hubiera proporcionado una determinada información al agente infiltrado, si hubiera sabido que se trataba de un policía, no convierte dicha información en íntima. En definitiva, el objeto de protección del derecho a la intimidad no abarca cualquier información que su titular hubiera preferido no comunicar a la policía. Por tanto, *no todas las infiltraciones policiales restringen el derecho a la intimidad*.

La postura completamente contraria a la anterior ha sido sostenida, en parte, por la jurisprudencia española. Esta es, que *ninguna infiltración policial, por sí misma, restringe el derecho a la intimidad*. En virtud de esta premisa, las pruebas derivadas de cualquier infiltración policial serían lícitas, aunque la actuación del agente infiltrado no hubiera sido autorizada mediante el art. 282 bis LECrim. Así, de acuerdo con la jurisprudencia, dicha autorización no sería “*una exigencia necesariamente constitucional*” sino que se movería “*más bien en el plano de la legalidad*”¹¹²⁴. En consecuencia, aun reconociendo que la realización de ciertas infiltraciones policiales sin el plácet del art. 282 bis LECrim puede constituir una irregularidad, ello no comportaría la nulidad de las pruebas obtenidas “*pues los preceptos infringidos con la irregular actuación del agente no consagran al menos directamente, derecho fundamental alguno*”¹¹²⁵.

¹¹²² STC 292/2000, de 30-11.

¹¹²³ Sobre las dificultades para delimitar el ámbito que abarca la “esfera íntima” o la “vida privada” de una persona vid. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, pág. 118; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pág. 264; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 309; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional”, AFD, núm. 32, 2016, pág. 412. Tal y como indica GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, cit., pág. 102, nuestro Tribunal Constitucional “*no ha entrado nunca a definir de forma explícita el derecho a la intimidad. Antes bien, ha preferido hacer referencia expresa a la dificultad de su conceptualización antes de acotar su objeto con nitidez. No obstante, el Tribunal viene resolviendo los casos relativos al derecho a la intimidad en términos que sugieren que, de forma más o menos consciente, está asumiendo una definición concreta del mismo*”. Esta forma casuística de delimitar la intimidad queda plasmada de forma muy ilustrativa en la afirmación de RUBENFELD, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 102, núm. 4, 1989, pág. 751, de que “*los jueces son incapaces de definir qué es la vida privada y sin embargo la reconocen en cuanto la ven*”.

¹¹²⁴ STS 173/2018, de 11-4.

¹¹²⁵ STS 154/2009, de 6-2, refiriéndose a un agente infiltrado extranjero que no había recibido ninguna autorización de un organismo español.

Algunos autores españoles se han opuesto a este planteamiento argumentando que, si ninguna infiltración policial restringe por sí misma derechos fundamentales “*no haría falta una autorización judicial inicial para la infiltración en cuanto tal*”¹¹²⁶. En otras palabras, si todas las infiltraciones policiales son legítimas en sí mismas, la autorización del art. 282 bis LECrim sería superflua e irrelevante. En este sentido, el hecho de que la Ley procesal exija una autorización expresa para que la policía pueda “*actuar bajo identidad supuesta*” (art. 282 bis.1 LECrim) sería —según este argumento— indicativo de que dicha actuación restringe derechos fundamentales¹¹²⁷. No obstante, esto no tiene por qué ser así. Las entregas vigiladas no restringen derecho fundamental alguno¹¹²⁸ y, aun así, requieren una autorización similar a la del art. 282 bis LECrim. Una *previsión legal* de estas características nada nos dice —ni nos puede decir— acerca de la *relevancia constitucional* de la actuación que autoriza. Además, existen dos explicaciones alternativas que podrían dotar de sentido a la autorización del art. 282 bis LECrim: 1) la exención de responsabilidad que lleva asociada su concesión para el agente encubierto; 2) la justificación de eventuales restricciones de derechos fundamentales derivadas de actuaciones del agente encubierto distintas a la infiltración en sí misma.

La STS 655/2007, de 25-6, parece asumir expresamente la primera explicación, al afirmar que “*el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo*”¹¹²⁹. En efecto, la autorización del art. 282 bis LECrim exime de responsabilidad al agente encubierto por la realización de determinados hechos típicos —siempre que

¹¹²⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 105. Similar, NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 131.

¹¹²⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 145, nota 109, indica que en Alemania “*la ubicación sistemática de la regulación del agente encubierto junto con la de las demás medidas restrictivas de derechos fundamentales se ha usado en la doctrina alemana como argumento sistemático para demostrar que, incluso a los ojos del legislador, se trata de una medida que comparte esa naturaleza*”. No obstante, este argumento sistemático, en el ordenamiento español, conduce a la conclusión contraria, pues el art. 282 bis LECrim no está ubicado en el Título VIII del Libro II de nuestra Ley procesal (“De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”) sino en el Título III del Libro II (“De la Policía Judicial”).

¹¹²⁸ DELGADO MARTÍN, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, cit., pág. 1854.

¹¹²⁹ En el mismo sentido, la STS 575/2013, de 28-6, afirma que la falta de autorización del art. 282 bis LECrim “*no afectaría al valor probatorio de sus declaraciones en juicio oral sobre lo que haya visto u oído sin perjuicio de las responsabilidades en las que pudiera haber incurrido en el período de tiempo no cubierto o autorizado*”.

sean proporcionados y necesarios para la investigación— y, además, le permite “actuar bajo identidad supuesta”, así como “adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”. Teniendo en cuenta que muchas infiltraciones policiales solo podrán ser *eficaces* si el agente infiltrado está dispuesto a cometer ciertos delitos —tales como falsedades documentales, delitos contra la salud pública u omisiones de promover la persecución de infracciones— la autorización del art. 282 bis LECrim podría quedar plenamente justificada por la exención de responsabilidad que comporta. De ser así, dicha exención establecería “*implícitamente las actuaciones que ineludiblemente reclaman esa autorización: la utilización de identidad supuesta y la adquisición o transporte de los efectos del delito sin proceder a su incautación, lo que sería obligado si no mediase esa previa autorización judicial*”¹¹³⁰. De este modo, una infiltración policial que no contara con el plácet del art. 282 bis LECrim podría ser “*irregular, incluso quizá hasta sancionable, pero en modo alguno priva de valor a las diligencias de investigación y acreditación de los hechos*”¹¹³¹. En definitiva, aunque las infiltraciones policiales no restringieran ningún derecho fundamental, la autorización del art. 282 bis LECrim podría explicarse por la necesidad de eximir de responsabilidad penal al agente encubierto en determinadas circunstancias y, así, asegurar la eficacia de su infiltración.

La segunda explicación que podría dotar de sentido al art. 282 bis LECrim, aunque se admitiera que las infiltraciones policiales no afectan por sí mismas al derecho a la intimidad, consiste en *justificar las eventuales restricciones de derechos fundamentales que deriven de actuaciones del agente encubierto distintas de la propia infiltración*. Es decir, legitimar determinadas intervenciones, lesivas de derechos fundamentales, que no son consustanciales a una infiltración policial, sino que pueden darse (o no) en función de las circunstancias particulares de su desarrollo¹¹³². Así, por ejemplo, en el curso de una infiltración, la policía puede llegar a tener acceso a un diario personal, la agenda de contactos de un teléfono móvil o, incluso, al interior de un domicilio. Dicho acceso, al haber sido obtenido mediante engaño, afecta indudablemente a la intimidad (art. 18.1 CE)

¹¹³⁰ STS 277/2016, de 6-4. También la STS 575/2013, de 28-6, entiende que la autorización del art. 282 bis LECrim solamente resulta imprescindible cuando el agente infiltrado debe cometer alguna acción típica: “*El acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la confianza hasta la pactada creación de consuno de una cuenta de correo electrónico no son gestiones que precisasen de esa autorización judicial que se hizo ya insoslayable a la hora de reclamar la intervención de unas comunicaciones y, sobre todo, ante la inminencia de una operación concreta delictiva*”.

¹¹³¹ STS 154/2009, de 6-2.

¹¹³² La STS 277/2016, de 6-4, parece apuntar en esa dirección cuando afirma que un posible fundamento de la autorización del art. 282 bis LECrim sería el de justificar “*las posibles injerencias en derechos fundamentales amparadas en un engaño o simulación (derecho a no declararse culpable o a no declarar contra sí mismo; inviolabilidad del domicilio)*”.

o a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.3 CE). En consecuencia, las pruebas que se deriven de él serán ilícitas, salvo que la restricción en cuestión se estime justificada. Teniendo en cuenta que el art. 282 bis LECrim autoriza al agente encubierto “*a actuar bajo identidad supuesta*” y “*participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad*”, el sentido de dicho precepto podría ser, perfectamente, el de justificar esta clase de restricciones que, aunque no son consustanciales a una infiltración policial, derivan del engaño que las caracteriza.

A primera vista, podría parecer que esta explicación entra en contradicción con la previsión contenida en el art. 282 bis.3 LECrim: “*Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables*”. Así, podría argumentarse que, si nuestra Ley procesal exige una autorización judicial específica para las intervenciones que afecten a derechos fundamentales, el sentido de la autorización (genérica) del art. 282 bis LECrim no podría ser el de justificar una actuación que restringe derechos fundamentales. No obstante, esta objeción puede ser superada mediante la distinción entre restricciones de derechos fundamentales que derivan exclusivamente del engaño que supone actuar bajo identidad supuesta en el tráfico jurídico y social (art. 282 bis.1 LECrim) y aquellas otras que no quedan cubiertas por dicho engaño¹¹³³. Las primeras quedarían justificadas por la autorización (genérica) del art. 282 bis LECrim —cuyo contenido consiste, precisamente, en permitir que el agente encubierto pueda “*actuar bajo identidad supuesta*” y “*participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad*”— mientras que las segundas requerirían un plázet específico por exceder los límites de la actuación autorizada. Así, por ejemplo, la apertura de correspondencia dirigida al sujeto investigado podrá entenderse justificada por la autorización del art. 282 bis LECrim si el agente encubierto —haciéndose pasar por un gestor para la organización criminal en la que se ha infiltrado— ha recibido por parte de dicho sujeto el encargo de recibirla y clasificarla¹¹³⁴. En cambio, la interceptación de esa misma correspondencia sin contar con el consentimiento (viciado) del sujeto investigado excedería los límites del engaño autorizado y, por tanto, requeriría de forma inexcusable de un plázet judicial específico¹¹³⁵.

¹¹³³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 245; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 126; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, cit., pág. 92.

¹¹³⁴ Ejemplo propuesto por GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 247.

¹¹³⁵ Tal y como indica GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 246, dicha intervención debería cumplir con las exigencias del art. 584 LECrim y, por ello, requeriría la presencia del imputado en el momento de proceder a la apertura de la correspondencia.

En la doctrina española se discute si la entrada a un domicilio con el consentimiento viciado de su titular —por haber sido obtenido mediante engaño— es una restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que queda amparada por la autorización genérica del art. 282 bis LECrim¹¹³⁶, o requiere en todo caso una autorización específica¹¹³⁷. Esta última postura parece haber recibido el respaldo de la jurisprudencia que, tomando como referencia el § 110c StPO, ha advertido que “*la necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable*”¹¹³⁸. No obstante, en mi opinión, una previsión de estas características resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, innecesaria. La restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que implica entrar a un domicilio con el consentimiento viciado de su titular deriva exclusivamente del engaño que supone actuar bajo identidad supuesta en el tráfico social¹¹³⁹. Obviamente, el consentimiento se encuentra viciado por el engaño del agente encubierto, pero, en tanto que dicho engaño está expresamente autorizado, la restricción que comporta del derecho del art 18.3 CE debe entenderse justificada. En cambio, lo que en ningún caso podría quedar justificado por la autorización del art. 282 bis LECrim es el registro subrepticio del domicilio al que se ha accedido. Dicho registro excede, con mucho, los límites del engaño autorizado y, en consecuencia, debe ser objeto de una autorización judicial específica¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 240; LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 14.

¹¹³⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1536; DEL POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, cit., pág. 302; RIZO GÓMEZ, “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”, cit., pág. 32.

¹¹³⁸ STS 575/2013, de 28-6.

¹¹³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., pág. 238. Tal y como indica GUARIGLIA, “El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, cit., pág. 53, para que esto sea así, el consentimiento del afectado no debe encontrarse viciado por engaño alguno que sobrepase el mero uso de la identidad supuesta otorgada, es decir, el agente encubierto “*no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio, como, por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos*”.

¹¹⁴⁰ RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, cit., pág. 115, y RAIMÚNDEZ LÓPEZ, “Nuevas técnicas de investigación y su posible afectación a los derechos fundamentales”, cit., pág. 654, parecen entender que la grabación de las conversaciones que el agente infiltrado pueda tener con los sujetos investigados supone una vulneración de derechos fundamentales que no queda amparada por la autorización genérica del art. 282 bis LECrim y, por ello, requeriría una autorización judicial específica. La postura de estas autoras se basa en la nueva previsión —introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5-10— del art. 282 bis.7 LECrim: “*En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio*”. Pues bien, es cierto que la grabación de conversaciones no queda amparada por la autorización genérica del art. 282 bis LECrim —que solamente permite “*actuar bajo identidad supuesta*” y “*participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad*”— y que, por tanto, *si dicha grabación restringiera derechos fundamentales*, sería necesario un plácet judicial específico para evitar que fuera considerada una prueba ilícita. No obstante, aquí debe negarse la mayor. Esta es, que la grabación de las conversaciones que el agente infiltrado pueda tener con los sujetos investigados restrinja algún derecho

Resulta interesante destacar que estas eventuales restricciones de derechos fundamentales —que no son consustanciales a la actuación de un agente infiltrado— tenderán a producirse, casi de forma exclusiva, en infiltraciones policiales que hayan generado *relaciones de confianza* con los sujetos investigados. Esto es, en infiltraciones policiales que hayan tenido cierta *duración e intensidad*. De lo contrario, los sujetos investigados difícilmente permitirían el acceso del agente infiltrado a objetos que contienen retazos de su intimidad —como un diario personal o una agenda de contactos— o, incluso, a su propio domicilio. Al fin y al cabo, dicho acceso no suele proporcionarse a personas desconocidas. Si el sentido de la autorización del art. 282 bis LECrim es justificar esta clase de restricciones iusfundamentales —además de eximir al agente encubierto de responsabilidad penal por determinadas actuaciones— su concesión devendría (casi) imprescindible en el marco de infiltraciones policiales que, por su duración e intensidad, generen relaciones de confianza con los sujetos investigados. De este modo, los resultados prácticos que comportaría negar que las infiltraciones policiales afecten por sí mismas a la intimidad (opción b) se asemejarían mucho a los que conlleva admitir la distinción entre infiltraciones de corta y larga duración (opción c). En tanto que la mayoría de actuaciones de un agente infiltrado —distintas a la propia infiltración— susceptibles de restringir derechos fundamentales se producirán en los supuestos que delimita el concepto de infiltración policial de larga duración —aquellos en que se hayan generado relaciones de confianza prolongadas con las personas investigadas— dichos supuestos, a efectos prácticos, requerirán el plácet del art. 282 bis LECrim. Por ello, las diferencias (prácticas) entre la opción b) y la c) no son tan relevantes como *a priori* pudiera parecer.

fundamental. Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, del hecho de que la Ley (procesal) prevea una autorización judicial para grabar conversaciones no se deriva —ni se puede derivar— que dichas grabaciones restrinjan derechos fundamentales. Una previsión legal de estas características nada puede decirnos acerca de la relevancia constitucional de la conducta que autoriza. Adviértase que en ningún caso podría entenderse que dichas grabaciones restringen el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), pues “*uno de los comunicantes es el propio agente. No hay inmisión en una comunicación que establecen terceros, sino comunicación entre agentes y recurrente que no precisa habilitación judicial ex art. 18.3 CE*” (STS 173/2018, de 11-4). En este sentido, resultan especialmente ilustrativas las palabras de la STS 2081/2001, de 9-11, cuando señala que “*el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de manera subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto*”. El único derecho fundamental que, eventualmente, podría verse restringido por la grabación del agente infiltrado es la intimidad (art. 18.1 CE). Sin embargo, ello dependerá del contenido de la conversación y, por tanto, la restricción en cuestión no podrá predicarse de cualquier grabación.

No obstante, en mi opinión, *las infiltraciones policiales que hayan generado relaciones de confianza prolongadas con las personas investigadas sí que restringen, por sí mismas, el derecho a la intimidad*. Desde mi perspectiva, dicha restricción se producirá con independencia de si el agente infiltrado, sirviéndose de dicha confianza, ha accedido a informaciones estrictamente íntimas —como creencias religiosas o preferencias sexuales— o espacios de privacidad —como un diario o un domicilio—. La razón es sencilla: el mero establecimiento de una relación personal prolongada que genere lazos de confianza comporta inevitablemente que el agente infiltrado, aun sin pretenderlo, tenga conocimiento de multitud de datos personales de los sujetos investigados. Aunque dicha información no sea íntima, su acumulación y puesta en relación revela la forma de ser de las personas a las que atañe. Esto es —siguiendo con la metáfora del BVerfG—, las convierte en personas de cristal (“*gläsernen Menschen*”). El mismo argumento que fundamenta el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa —la combinación de datos no íntimos permite producir una imagen detallada de la persona a la que se refieren— puede ser empleado, en nuestro ordenamiento jurídico, para sostener en estos casos se restringe el derecho a la intimidad del sujeto investigado. Para ello, basta con admitir que el acopio e interrelación de informaciones no íntimas puede poner al descubierto la intimidad de una persona. Esto es, que la “esfera íntima” o la “vida personal” de un sujeto puede verse afectada mediante informaciones que no pertenezcan a dicho ámbito¹¹⁴¹.

Obviamente, cualquier obtención inconsentida de información ajena a la esfera íntima de una persona no afecta a su intimidad —como postula la opción a)— pues de lo contrario los contornos de este derecho quedarían completamente desfigurados. La restricción de este derecho solo se producirá cuando la información “no íntima” pueda desvelar la intimidad de su titular. Precisamente, esto es lo que ocurre mediante el tratamiento automatizado de datos. Las posibilidades que ofrece la informática de acumular y combinar datos de diversas fuentes hacen que la intimidad de una persona pueda quedar al descubierto a partir de informaciones “no íntimas”. Lo mismo sucede, en mi opinión, con las infiltraciones policiales que generan relaciones de confianza prolongadas con los sujetos investigados. La *presencia continua* de un agente infiltrado en el ámbito de confianza de un sujeto constituye una fuente de información personal que, por sí misma, puede revelar su intimidad¹¹⁴². Al igual que ocurre con el tratamiento automatizado de

¹¹⁴¹ En términos similares, LÓPEZ ORTEGA, “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal”, cit., pág. 290.

¹¹⁴² En este sentido, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 176, afirma que “*el problema es que en la infiltración policial, la presencia del engaño en la vida de las personas investigadas*”.

datos —aunque aquí a través de una sola fuente— el volumen de información personal que puede llegar a conocer un agente infiltrado en estas circunstancias permite que, mediante datos no íntimos, pueda desvelarse la esfera íntima de una persona.

De este modo, *la distinción entre infiltraciones de corta y larga duración puede ser explicada mediante la referencia al derecho a la intimidad*. Al margen de las eventuales restricciones de este derecho que puedan producirse mediante actos concretos del agente infiltrado, la duración y la intensidad de una infiltración policial —en tanto que determinan el volumen de información personal al que se tiene acceso— pueden comportar que esta sea, en sí misma, lesiva de la intimidad del sujeto investigado. Si esto es así, la infiltración policial en cuestión será denominada “de larga duración” y requerirá el plácet del art. 282 bis LECrim para ser legítima. De lo contrario, la infiltración policial será “de corta duración” y su legitimidad no quedará condicionada a dicha autorización.

En todo caso, conviene poner de relieve que el desarrollo coherente de esta postura — asumida mayoritariamente por la doctrina¹¹⁴³— conlleva determinadas consecuencias que la jurisprudencia española no admite. En particular, la nulidad de las pruebas obtenidas mediante una infiltración policial de larga duración que no haya sido autorizada por un organismo español¹¹⁴⁴, que no haya sido oportunamente prorrogada¹¹⁴⁵, o, en general, que

es continua y no puntual como otros medios de investigación. Esta circunstancia de la continuidad y el engaño en que se basa la infiltración policial son fundamentos suficientes para afirmar que en caso de que la intervención de un agente encubierto produzca la restricción del derecho a la intimidad”. También resaltan la relevancia de la continuidad en el engaño LÓPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, cit., pág. 297, y DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada”, cit., pág. 8.

¹¹⁴³ LÓPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, cit., pág. 296; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., págs. 176 ss; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., pág. 179. EL MISMO, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, cit., pág. 73; RIZO GÓMEZ, “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”, cit., pág. 17.

¹¹⁴⁴ Por ejemplo, la STS 154/2009, de 6-2, afirmando que “*es totalmente cierto que esa actuación encubierta del agente británico se llevó a cabo con vulneración, tanto de las normas supranacionales (...) como de las internas que disponen la exigencia de la autorización por Juez o Fiscal español, con su correspondiente motivación, para la actuación del funcionario policial bajo identidad supuesta*” y, a renglón seguido, negando que el sujeto investigado “*como consecuencia de semejante irregularidad (...) viera vulnerados sus derechos*”. Pues bien, obviamente las irregularidades en la autorización de un agente infiltrado extranjero no vulneran directamente ningún derecho fundamental. Sin embargo, si se admite que las infiltraciones de larga duración restringen el derecho a la intimidad, las irregularidades en su autorización negarán su justificación y, por tanto, la licitud de las pruebas obtenidas.

¹¹⁴⁵ En este sentido, la STS 575/2013, de 28-6, considera que la ausencia de la oportuna prorroga no comporta la nulidad de las pruebas obtenidas durante ese periodo, pues el plazo de 6 meses que establece el art. 282 bis.1 LECrim constituiría “*un límite gubernativo, más que jurisdiccional*”. De nuevo, si se admite que las infiltraciones policiales de larga duración restringen el derecho a la intimidad, el plazo durante el cual dicha restricción se entiende autorizada no puede estimarse irrelevante a efectos de declarar la nulidad de las pruebas obtenidas.

no haya cumplido con los requisitos que impone el plázet del art. 282 bis LECrim¹¹⁴⁶. Además, también obliga a concluir que las infiltraciones de larga duración realizadas por particulares, a instancias de la policía, son ilegítimas *per se*¹¹⁴⁷. Al fin y al cabo, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos¹¹⁴⁸, el art. 282 bis LECrim circunscribe el ámbito subjetivo de su autorización a los “*funcionarios de la Policía Judicial*”. Ante la falta de una previsión legal específica que pueda justificar su actuación, toda infiltración de un confidente que restrinja el derecho a la intimidad debería comportar, de forma irremediable, la ilicitud de las pruebas obtenidas por él¹¹⁴⁹.

6.2.3. El agente provocador, la autodeterminación informativa y la intimidad

Una vez determinada la incidencia de las infiltraciones policiales en la autodeterminación informativa y en la intimidad, resulta sencillo sostener que el agente provocador no restringe ninguno de los dos derechos. En primer lugar, el derecho a la autodeterminación informativa no puede ser restringido por el agente provocador porque —al igual que ocurría con el agente infiltrado— su actuación no puede ser reconducida a aquello que la Constitución denomina “*la informática*” (art. 18.4 CE). En efecto, debido a su anclaje constitucional, el alcance de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento queda limitado al ámbito del tratamiento automatizado de datos y, por ello, su contenido no puede verse afectado mediante una intervención ajena a dicho ámbito. En segundo término, admitir que no toda infiltración policial restringe derechos fundamentales —presupuesto conceptual de las infiltraciones policiales de corta duración— comporta necesariamente, por una cuestión de coherencia axiológica, que la intimidad del sujeto provocado no pueda entenderse vulnerada por el agente provocador. Veamos por qué.

¹¹⁴⁶ Así, por ejemplo, la STS 864/2000, de 22-5, sostiene que “*en el presente caso no era de aplicación en el trámite de instrucción lo dispuesto en el art. 282 bis LECrim, en cuanto fue introducido con posterioridad por la LO 5/1999, de 13 de enero. Consecuentemente, la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal del empleo de agentes encubiertos no hubiera impedido valorar como prueba las declaraciones prestadas por aquéllos*”. Una vez más, si se reconoce que las infiltraciones de larga duración afectan a la intimidad, este razonamiento no puede ser sostenido. La falta de una previsión legal (en aquellas fechas) que autorizara la restricción de un derecho fundamental no puede ser una excusa para entender que dicha restricción no necesita ser autorizada.

¹¹⁴⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 151; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, cit., pág. 1533. En el mismo sentido, refiriéndose al ordenamiento jurídico alemán, SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten”, cit., pág. 712.

¹¹⁴⁸ Por ejemplo, la legislación portuguesa prevé expresamente la posibilidad de autorizar la infiltración de un particular que actúa bajo las instrucciones de la policía. Vid. GUEDES VALENTE, “La investigación del crimen organizado: entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones”, en *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, pág. 186.

¹¹⁴⁹ En Alemania, ante esta misma carencia, una comisión de expertos ha propuesto introducir en el StPO un apartado que pueda amparar esta clase de infiltraciones realizadas por particulares. Vid. al respecto “Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugengerichtlichen Verfahrens”, 2015, págs. 80-83.

Toda infiltración policial se basa en un engaño acerca de la identidad e intenciones del agente que la realiza. Dicho engaño le permite acceder a información que, de otro modo, no se le hubiera proporcionado. En particular, *información relativa a hechos delictivos*. Pues bien, si se admite que no toda infiltración policial afecta a la intimidad —como hace unánimemente la jurisprudencia y mayoritariamente la doctrina— necesariamente deberá colegirse que el ámbito de este derecho no abarca cualquier información que su titular hubiera preferido no compartir con la policía. Más concretamente, deberá excluirse que la *información acerca de un delito* pertenezca a la esfera íntima de su autor. De lo contrario, la obtención de cualquier evidencia delictiva mediante una infiltración policial restringiría el derecho a la intimidad de su autor y, por ello, sería nula si el agente infiltrado no contaba con el plácet del art. 282 bis LECrim. En este sentido, la admisión de las infiltraciones policiales de corta duración presupone que *el delito no pertenece a la esfera íntima de su autor*¹¹⁵⁰. Esto es, que quien comete un delito no tiene derecho a excluirlo del conocimiento ajeno.

Si la información acerca de un delito pudiera ser considerada íntima, cualquier infiltración policial, por fugaz que fuera, restringiría el derecho a la intimidad de su autor. El siguiente ejemplo da muestra de ello: *Un policía de incógnito pregunta a un ciudadano si sabe algo acerca de un robo que se produjo el día anterior en el municipio. Sorpresivamente, el ciudadano admite que lo cometió él mismo y se pone a alardear de ello dando detalles que solo el autor podría conocer. El policía procede a su detención y, tras comparar sus huellas dactilares con las encontradas en el lugar del robo, se confirma su autoría y se procede a su castigo*. En este supuesto se ha producido una infiltración policial, pues el agente que ha intervenido ha ocultado su identidad y verdaderas intenciones. Dicha infiltración es, indudablemente, de corta duración. Su duración e intensidad han sido mínimas —el engaño apenas ha durado un instante— y no se ha generado relación de confianza alguna. No obstante, si la información que se ha facilitado a la policía —el reconocimiento de haber cometido un delito— pertenece a la esfera íntima de su titular, el policía que ha actuado de incógnito habría lesionado el derecho a la intimidad del sujeto engañado.

Adviértase que, si esto fuera así, cualquier actuación policial “de paisano” debería contar con el plácet del art. 282 bis LECrim, pues lo contrario determinaría la ilicitud de todas las

¹¹⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 192, al hilo de una crítica a la excusa parcial del art. 171.3 CP, llega a la misma conclusión: “*Para el texto legal, la comisión de un delito, cuya revelación constituye el objeto de la amenaza, es un hecho que pertenece a la intimidad de las personas. Este planteamiento, en mi opinión, no es correcto (...) porque una cosa es el derecho que tiene el delincuente a callar y a ocultar su delito y otra muy distinta que ello pertenezca a su intimidad; pertenecen a la intimidad hechos personales sin trascendida nociva al exterior (comportamiento sexual o religioso, prole extramatrimonial...); pero un delito no puede pertenecer a ese arcano que integra el ius solitudinis*”.

evidencias delictivas obtenidas. Ello resulta, a mi parecer, inasumible, sobre todo teniendo en cuenta que la autorización del art. 282 bis LECrim solo puede concederse para “*investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*”. Un ejemplo a modo de caricatura: *Un sujeto que sale de una discoteca bajo la influencia del alcohol pretende conducir su vehículo para volver a su domicilio. No obstante, vislumbra a lo lejos un coche estacionado en el arcén que le parece sospechoso y se acerca (a pie) hasta él para preguntarle a su conductor si es un policía. El conductor en cuestión, que en realidad es un policía de incógnito realizando funciones de control del tráfico, responde con un simple “no”. Acto seguido, el sujeto se pone a conducir su vehículo de forma manifiestamente irregular y es detenido por el mismo agente que, momentos antes, le había negado su condición policial.* Si la información relativa a un delito se considera íntima, en este supuesto el derecho a la intimidad del conductor se habría visto vulnerado por el engaño del policía. La consecuencia que ello comportaría —inadmisible desde mi punto de vista— es que las pruebas obtenidas (directa o indirectamente) a través de dicho engaño deberían considerarse nulas.

Partiendo de la premisa de que el delito no pertenece a la esfera íntima de su autor, resulta fácil descartar que una provocación restrinja el derecho a la intimidad del sujeto provocado. Al fin y al cabo, la única información que se obtiene *directamente* mediante la actuación de un agente provocador va referida a la ejecución de un delito¹¹⁵¹. Si dicha información no es íntima, su consecución a través de una provocación nunca podrá vulnerar el derecho a la intimidad del sujeto provocado. En definitiva, *la actuación de un agente provocador no afecta a la intimidad del sujeto provocado porque el contenido de este derecho no abarca la información relativa a hechos delictivos*. Por ello, la impunidad del sujeto provocado no puede ser fundamentada en base a la infracción del derecho a la intimidad.

Ahora bien, aunque el delito nunca puede ser íntimo, la información que lo rodea sí que puede tener dicho carácter. Por ello, algunas actuaciones colindantes a una provocación —y contingentes a la misma— pueden llegar a restringir el derecho a la intimidad del sujeto provocado, fundamentando de este modo su impunidad. No obstante, dicha impunidad vendrá determinada, en todo caso, por acciones distintas a la provocación. De este modo, el sujeto provocado no será absuelto en tanto que sujeto provocado, sino en tanto que sujeto pasivo de una actuación diferente de la provocación. Así, por ejemplo, en el marco de una compra simulada de drogas, la entrada a un club cannábico con el fin de adquirir el hachís solicitado por un policía de incógnito constituye una restricción del

¹¹⁵¹ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 46.

derecho a la intimidad de sus socios o, incluso, de la inviolabilidad domiciliaria de la asociación en que se constituyen¹¹⁵². No obstante, dicha restricción no trae causa de la provocación en sí misma, sino del engaño a través del cual se ha logrado acceder al local de la asociación. Lo íntimo es el recinto que ocupa el club¹¹⁵³, y no el delito favorecido por el agente provocador. Por ello, la restricción de la intimidad proviene del *engaño* del policía y no de su *provocación*. En otras palabras, el menoscabo del derecho a la intimidad se produce porque el policía ha actuado como *agente infiltrado* y no como *agente provocador*.

Precisamente, el problema de los argumentos que tratan de sustentar la impunidad del sujeto provocado en base a la vulneración de su intimidad (o autodeterminación informativa) es que presuponen que el agente provocador siempre es un agente infiltrado¹¹⁵⁴. De este modo, atribuyen a la provocación una característica propia de las infiltraciones policiales: el engaño. Ello les impide separar analíticamente la relevancia que tiene para este derecho la contribución a un delito (la provocación) y el engaño policial que la acompaña (la infiltración policial)¹¹⁵⁵. Lo primero nunca puede incidir en la intimidad, mientras que lo segundo sí. Mediante una provocación solamente se accede a información acerca del delito favorecido —que en ningún caso puede considerarse íntima— mientras que a través de un engaño policial pueden desvelarse datos que pertenecen a la esfera íntima de su titular. Por ello, la eventual restricción de este derecho

¹¹⁵² Supuesto inspirado en una noticia del diario EL PERIÓDICO de 13-7-2018 titulada “Ofensiva contra captadores de turistas para clubs cannábicos de Barcelona” en la que se describe una forma que tienen dichos clubs de captar clientes, relativamente frecuente en la ciudad de Barcelona: “*las personas ahora detenidas se situaban en la Rambla de Barcelona y sus inmediaciones y captaban a los turistas que paseaban por la céntrica vía barcelonesa, a los que ofrecían la posibilidad de comprar las sustancias estupefacientes. Aquellos que aceptaban su ofrecimiento eran conducidos a los clubes cannábicos, donde se producía la compraventa de la droga, operación por la que los captadores se llevaban una comisión*”. Sobre la relevancia jurídico-penal de la actividad que se desarrolla en estos clubs vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El error de prohibición: especial consideración de las conductas relacionadas con los clubs cannábicos”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017, págs. 1071 y ss.

¹¹⁵³ En este sentido, la SAP —sección 1ª— 143/2018, de 27-3, sostiene que un club cannábico no es un “*establecimiento abierto al público sino de acceso restringido, y llevándose a cabo en su interior una actividad perteneciente al ámbito privado de los socios, la fuerza policial actuante debería haber interesado autorización judicial o recabado el consentimiento del titular para realizar lo que suponía un registro del domicilio de la Asociación*”.

¹¹⁵⁴ TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, cit., pág. 63, admitiendo que la afectación a la autodeterminación determinativa no constituye una particularidad de la actuación del agente provocador, sino que resulta una característica común a toda infiltración policial. También BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 106; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 46; GOTTSCHALK, “*Verfahrenshindernis bei Tatprovokation durch Lockspitzel?*”, cit., pág. 58.

¹¹⁵⁵ Así, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 113, atribuye exclusivamente al engaño policial la restricción de la autodeterminación informativa que sufre el sujeto provocado.

siempre traerá causa de una infiltración policial y nunca de una provocación. En este sentido, el derecho a la intimidad delimita las actuaciones del *agente infiltrado* que pueden comportar la impunidad del sujeto engañado por él, y no las intervenciones del *agente provocador* que conllevan la impunidad del sujeto provocado.

En todo caso, si se admitiera que la impunidad del sujeto provocado deriva de la vulneración de su intimidad, las provocaciones de un agente encubierto (art. 282 bis LECrim) nunca comportarían dicha consecuencia. En estos casos, la restricción del derecho a la intimidad del sujeto provocado estaría justificada por el plácet del art. 282 bis LECrim. De este modo, el policía que contara con dicha autorización tendría una patente de corso para llevar a cabo cualquier tipo de provocación, con el único límite de su propia responsabilidad penal. En tanto que las restricciones de la intimidad derivadas de “*actuar bajo identidad supuesta*” estarían justificadas por el art. 282 bis LECrim, las provocaciones realizadas al amparo de ese engaño nunca podrían fundamentar la impunidad del sujeto provocado.

6.3. El derecho a no autoincriminarse

Una parte de la doctrina alemana considera que algunas actuaciones del agente provocador infringen el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*¹¹⁵⁶. El punto de partida de este planteamiento se encuentra en el catálogo de “*métodos de interrogatorio prohibidos*” del § 136 a StPO¹¹⁵⁷. Dicho precepto prohíbe expresamente que, para obtener una declaración en el marco de un interrogatorio, se perturbe “*la libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculpado*” mediante un *engaño*. A partir de aquí, se utiliza un argumento *a fortiori*¹¹⁵⁸: si el § 136 a StPO prohíbe emplear el engaño para

¹¹⁵⁶ LÜDERSSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, cit., pág. 362; EL MISMO, “Die V-Leute-Problematik oder: Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?“, cit., pág. 118; FISCHER, *Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels*, Diss., Bonn, 1982, pág. 127; MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, cit., pág. 52.

¹¹⁵⁷ El precepto en cuestión tiene el siguiente contenido: “*Métodos de interrogatorio prohibidos: 1) La libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculpado no puede ser perturbada por maltrato, agotamiento, agresión corporal, suministro de fármacos, tortura, engaño o hipnosis. La coacción solo puede ser empleada en la medida que el derecho procesal penal la permita. También se prohíbe la amenaza de empleo de estos medios prohibidos y la promesa de alguna ventaja no prevista legalmente; 2) Tampoco está permitido el empleo de medidas que perturben la capacidad de recuerdo o de conocimiento del inculpado; 3) Las prohibiciones contenidas en los apartados 1 y 2 rigen incluso en caso de consentimiento del inculpado y tampoco pueden ser valoradas como prueba las declaraciones obtenidas con infracción de estas prohibiciones, aunque el inculpado consienta en ello*”.

¹¹⁵⁸ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 78. Tal como indica, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 355, la argumentación *a fortiori* es un procedimiento discursivo por el que “*dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se*

conseguir una declaración autoincriminatoria, con más razón deberá entenderse prohibido el engaño que sirve para generar, como material probatorio, el propio hecho delictivo¹¹⁵⁹. Dicho de otro modo, si se prohíben los engaños que menoscaban la libertad para emitir una declaración que pueda fundar la condena de uno mismo, con mayor motivo deberán estimarse prohibidos los engaños que lesionan la libertad de realizar una acción —el delito— que constituye el objeto de dicha condena. En virtud de este argumento, el § 136 a StPO prohibiría a las autoridades servirse de un engaño para lograr que alguien delinca. De este modo, la provocación de un delito a través de un engaño policial infringiría el precepto mentado y, por ello, debería comportar la impunidad del sujeto provocado.

Pues bien, lo primero que debe señalarse es que este argumento no puede ser trasladado, sin más, al ordenamiento jurídico español. En efecto, ningún precepto de la LECrim contempla una prohibición análoga a la prevista por el § 136 a StPO. Por ello, no puede fundamentarse la impunidad del sujeto provocado en base a una *infracción legal* de esas características. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la *Grundgesetz*, nuestra Constitución establece que “*todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos*” y “*a no confesarse culpables*” (art. 24.2 CE)¹¹⁶⁰. Es decir, reconoce un derecho fundamental a la “no autoincriminación”¹¹⁶¹. En tanto que el contenido de este derecho se corresponde, en esencia, con el ámbito de protección del § 136 a StPO, la argumentación a fortiori expuesta podría ser reformulada en los siguientes términos: si el derecho a la no autoincriminación garantiza que nadie pueda ser engañado por la policía para obtener una declaración inculpatoria, con más razón deberá garantizar que nadie pueda ser engañado por la policía para lograr que cometa un delito.

encuentran en situación tal que merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos”.

¹¹⁵⁹ LÜDERSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, cit., pág. 363.

¹¹⁶⁰ BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, CDP, núm. 10, 2000, pág. 193, distingue el contenido de ambos derechos del siguiente modo: “*el derecho a no declarar contra uno mismo permite al acusado —a diferencia del testigo— negarse a declarar en absoluto, sin que de ello se deban seguir consecuencias negativas para él. Por el contrario, en virtud del derecho a no confesarse culpable, se permite al acusado que declare sobre los hechos presuntamente delictivos, aunque se le acepta que guarde silencio sobre aquellas cuestiones que podrían suponer su incriminación*”.

¹¹⁶¹ Tal y como indica GONZÁLEZ LÓPEZ, “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”, RJCL, núm. 40, 2016, pág. 39, el derecho a la “no autoincriminación” (que él denomina “derecho a la no colaboración activa”) supone una síntesis del derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a no confesarse culpable. Del mismo modo, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24: Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1996, pág. 107, afirma que “*ambos enunciados proclaman en sustancia un único derecho fundamental, cuyo contenido básico consiste en no realizar declaraciones perjudiciales*”.

Adviértase que la conclusión de este razonamiento *a minori ad maius*¹¹⁶² es que el ámbito del derecho a la no autoincriminación no queda limitado a las declaraciones sobre hechos delictivos, sino que también se extiende a los propios hechos delictivos. Ello entra en abierta contradicción con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, el TC ha circunscrito el ámbito de este derecho a la emisión de declaraciones o manifestaciones de voluntad, dejando fuera de su cobertura aquellas actuaciones que no comportan formalmente una declaración¹¹⁶³. Así, de forma paradigmática, la STC 103/1985, de 4-10, sostuvo que “*el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los art. 17.3 y 24.2 de la Constitución*”¹¹⁶⁴. En el mismo sentido, la STC 76/1990, de 26-4, excluyó que la obligación de entregar documentos inculpativos pudiera vulnerar este derecho: “*Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (verbi gratia el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable, cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes*

¹¹⁶² Los razonamientos *a minori ad maius* constituyen una variante de la argumentación *a fortiori* referida a las normas prohibitivas. Su contenido podría sintetizarse como “si la norma prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más”. Vid. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional*, Diké, Medellín, 2008, pág. 202.

¹¹⁶³ BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, cit., pág. 196; ÁLVAREZ SÁNCHEZ, “Límites del derecho de la persona a no declararse culpable”, CPC, núm. 75, 2001, pág. 685; GONZÁLEZ LÓPEZ, “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”, cit., pág. 43.

¹¹⁶⁴ Cabe señalar que la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con esta resolución. Así, por ejemplo, MAQUEDA ABREU, “Exigibilidad y derecho a no declararse culpable”, ADPCP, núm. 44, 1991, pág. 35, se pronuncia sobre ella en los siguientes términos: “*El formalismo en que incurre el Tribunal Constitucional en estas decisiones es obvio al no querer reconocer que, dado el significado inculpativo que pueden tener los resultados de esta prueba sobre el detenido, la sumisión obligatoria a la misma supone un acto de colaboración por su parte en el descubrimiento de su culpabilidad y, por tanto, implica una autoincriminación, por más que él mismo en el acto de la detención no declare nada. ¡Que más declaración contra sí cabe que facilitar la obtención de unos resultados, que pueden ser de cargo, objetivados además por la fiabilidad de una prueba científica!*”. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol”, RJC, vol. 86, núm. 3, 1987, pág. 638; CARMONA SALGADO/MARTÍNEZ RUIZ, “De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre”, LL, núm. 4, 1998, pág. 1522; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)”, cit., pág. 179; FERNÁNDEZ BERMEJO, “Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y drogas”, AFDUA, núm. 9, 2016, pág. 143. No obstante, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, LL, núm. 4, 1984, págs. 1105, se muestra a favor de excluir los controles de alcoholemia del ámbito del derecho a la no autoincriminación.

no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad”¹¹⁶⁵. Esta interpretación formal de los términos “declaración” y “confesión” impide que la comisión de un delito pueda entenderse comprendida en el ámbito de protección del derecho a la no autoincriminación¹¹⁶⁶. Al fin y al cabo, un “hecho delictivo” no constituye una “declaración sobre un hecho delictivo”. Mediante una provocación se logra lo primero, pero no lo segundo. Por ello, de acuerdo con la doctrina del TC, el agente provocador no podría vulnerar el derecho a la no autoincriminación del sujeto provocado porque el contenido de este derecho no abarca la realización de otras actuaciones inculpatorias —por ejemplo, la comisión de un delito— distintas a la emisión de una declaración¹¹⁶⁷.

Algunos autores alemanes emplean un argumento formal similar al expuesto para descartar que el agente provocador pueda infringir el § 136 a StPO¹¹⁶⁸. En concreto, sostienen que dicho precepto se refiere a “métodos de interrogatorio prohibidos” y, por ello, su aplicación debe circunscribirse al ámbito de los interrogatorios formales efectuados por un órgano de persecución penal¹¹⁶⁹. De este modo, una provocación realizada a través de un engaño

¹¹⁶⁵ En sentido similar, la STC 199/2013, de 5-12, excluyó que “una acción consistente en arrojar saliva” pudiera quedar protegida por el contenido de este derecho, al no tratarse de una declaración en sentido formal.

¹¹⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., págs. 108 y 109, parece llegar a esta misma conclusión cuando afirma que “este engaño no compromete el derecho a no declarar contra uno mismo, en la medida en que no se utiliza para obtener declaraciones verbales o escritas, sino comportamientos activos que evidencien la preexistencia de una conducta delictiva”. No obstante, a renglón seguido, muestra sus dudas y advierte que “puede resultar discutible hasta qué punto para poder hablar de vulneración de este derecho fundamental, es necesario que lo emitido sea una declaración en sentido «formal»”.

¹¹⁶⁷ En el mismo sentido, refiriéndose al ordenamiento jurídico alemán, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 80; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 122; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 44; GÖRGENS, *Der Lockspitzeleinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 54.

¹¹⁶⁸ BERZ, “Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung“, cit., pág. 418; SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?“, JZ, núm. 2, 1986, pág. 67; M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 43.

¹¹⁶⁹ VELASCO NÚÑEZ, *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, cit., pág. 212, llega a la misma conclusión respecto al alcance del derecho a la no autoincriminación en el ordenamiento español: “la infiltración por agente encubierto (...) no puede violar el derecho, recogido en el art. 24 CE, a no declarar contra uno mismo o a no declararse culpable, porque sencillamente no existe una declaración ni ningún tipo de confesión en las actuaciones meramente preprocesales del posteriormente imputado, sino meramente actuaciones del agente testigo encubierto”. También, DEL POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, cit., pág. 304, sostiene que “en ningún caso una conversación dialogada, de intercambio de opiniones entre nuestro infiltrado y cualquier miembro de la organización criminal puede asimilarse a un interrogatorio realizado con un detenido en Comisaría; por ello tampoco se verá en la obligación ni de darle traslado de la imputación ni de informarle de sus derechos”. En este mismo sentido, la STS 178/2006, de 16-2, afirma que “es patente que existe una esencial diferencia entre las declaraciones que, formalmente, puedan hacerse ante la Policía, debidamente documentadas y suscritas por el declarante, y el testimonio —como testigos de referencia— de los agentes encubiertos, al dar cuenta a la autoridad judicial de lo que

policial no contravendría el tenor literal del § 136 a StPO, simplemente, por no producirse en el marco de un interrogatorio formal¹¹⁷⁰.

No obstante, aunque se admitiera que las prohibiciones del § 136 a StPO rigen respecto a “*todos los casos de auto-incriminación no consentida, realizada frente a cualquier autoridad encargada de la investigación criminal*”¹¹⁷¹ —al margen de si producen en el contexto de un interrogatorio formal— el argumento que trata de fundamentar la impunidad del sujeto provocado en base a dicho precepto se enfrentaría a otro obstáculo formal difícilmente sorteable. Este es, que dichas prohibiciones únicamente protegen al “*inculcado*”¹¹⁷². Es decir, a la persona sobre la que recae una imputación o, al menos, la sospecha de haber cometido un delito¹¹⁷³. Los sujetos “no sospechosos” no se benefician de la protección del § 136 a StPO. Por tanto, la actuación de un agente provocador dirigida a un sujeto que no fuera sospechoso de haber cometido previamente un delito no infringiría las prohibiciones contenidas en dicho precepto, pues, en el momento de la provocación,

hayan podido oír a las personas investigadas (...) El derecho a guardar silencio y a no declararse culpable, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, en el trámite de instrucción, constituye un derecho predicable de las declaraciones prestadas ante la Policía y en el proceso penal, pero no de las que el culpable pueda hacer fuera de ese marco de la investigación y de la instrucción propiamente dichas”.

¹¹⁷⁰ El Tribunal Supremo norteamericano llega a una conclusión parecida respecto a las famosas “advertencias miranda” (“*miranda warnings*”). Esto es, respecto a la obligación de la policía de informar a las personas interrogadas de sus derechos (permanecer en silencio, contar con la presencia de un abogado, etc.). De acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, dicha obligación —cuyo incumplimiento comporta que cualquier confesión se estime involuntaria y, por tanto, carezca de efectos probatorios— solo resulta aplicable cuando el sujeto interrogado se encuentra detenido o en una situación análoga. Solo en estos casos se estima necesario informarle de sus derechos para compensar el ambiente coercitivo (“*coercive environment*”) que puede favorecer su confesión involuntaria. En cualquier otro interrogatorio policial “informal” no rigen las *miranda warnings* ni la regla de exclusión probatoria anudada a ellas. Vid al respecto DRIPPS, “Against Police Interrogation and the Privilege against Self-Incrimination”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 78, núm. 4, 1988, pág. 722; JORDAN, “The Odd Couple: Reid Interviews & Miranda Custody”, *Arkansas Law Review*, núm. 69, pág. 162. En castellano, GUARIGLIA, “El agente encubierto”, cit., pág. 55; DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*, cit., pág. 98; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El derecho a guardar silencio y a no incriminarse”, en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 611.

¹¹⁷¹ C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. GÓMEZ RIVERO/GARCÍA CANTIZANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 133.

¹¹⁷² En este sentido, SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?”, cit., pág. 67, señala que el § 136 a StPO solamente garantiza la libertad de declaración respecto de un hecho ya cometido. También GÖTTING, *Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit*, cit., pág. 263, afirma que el derecho a la no autoincriminación presupone que se ha cometido un hecho penal. En términos parecidos, BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 81.

¹¹⁷³ De acuerdo con C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., pág. 145, la protección contra la autoincriminación se activa “cuando alguien pasa de ser considerado testigo a imputado. Esto sucedería ya en el caso en que se preguntara a alguien sobre el que recae ya una concreta sospecha. No es preciso, por tanto, una incriminación formal o una designación concreta como «imputado»”. En sentido similar, respecto al ordenamiento español, GARCÍA ARÁN, “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol”, cit., pág. 636; BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, cit., pág. 199; LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, cit., pág. 216.

este no tenía la calidad de “inculcado”¹¹⁷⁴. En cambio, de forma un tanto paradójica, la provocación dirigida a un sujeto sobre el que recae una sospecha (o imputación) delictiva —cuya veracidad trata de constatarse a través de la provocación— sí que infringiría las mentadas prohibiciones. Así, los sujetos provocados “sospechosos” deberían ser absueltos, mientras que los “no sospechosos” serían castigados. La provocación de los primeros estaría prohibida por el § 136 a StPO —por tener estos la calidad de “inculcados”— y, en cambio, la provocación de los segundos no infringiría precepto alguno. De este modo, las únicas provocaciones legítimas serían aquellas que *no van dirigidas* a descubrir un delito previo. Lo inasumible de esta conclusión pone de relieve que el § 136 a StPO no puede fundamentar satisfactoriamente la impunidad del sujeto provocado.

En todo caso, al margen del obstáculo *formal* apuntado —el ámbito del derecho a la no autoincriminación se circunscribe a las “declaraciones”— el argumento que trata de fundamentar la impunidad del sujeto provocado en base al principio *nemo tenetur se ipsum accusare* se enfrenta a una objeción *material*, a mi juicio, insalvable. Esta es, que el derecho a la no autoincriminación no puede ser vulnerado mediante un engaño policial. O mejor, no puede ser vulnerado mediante *cualquier engaño policial*. El contenido de este derecho solamente garantiza que una persona no sea *compelida* a autoincriminarse¹¹⁷⁵. Por tanto, los únicos engaños policiales que pueden incidir en este derecho son aquellos que sitúen a su titular en una posición en la que se sienta compelido a inculparse. Así, por ejemplo, el engaño de un policía acerca de la obligación de decir la verdad —bajo amenaza de pena— sí que puede vulnerar el derecho a la no autoincriminación, pues la falsa amenaza de ser castigado representa una compulsión equivalente a la que supondría una amenaza real sustentada por la Ley. Pero, en cambio, el engaño acerca de la condición policial de un agente no afecta a este derecho porque el sujeto engañado que se autoincrimina —pensando que lo hace ante un particular— no se encuentra compelido de ningún modo a hacerlo. Al contrario que en el caso anterior, el

¹¹⁷⁴ Ni siquiera la de testigo (§ 69.3 StPO), pues en ese momento todavía no se había cometido un delito al que pudiera referirse.

¹¹⁷⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”, cit., pág. 40, señala que “*Si bien es pacífica la jurisprudencia que identifica como conducta interdicta por el artículo 24 CE la coerción directa o indirecta, no parece tan claro el rechazo del engaño como medio de obtención de confesiones (...) De acuerdo con esta concepción, que compartimos, el «derecho al silencio» ampararía frente a la compulsión (violencia, intimidación u otras formas de compulsión) dirigidas contra la voluntad consciente y libre, pero no frente a la sujeción a engaño (...) Si no se obliga a declarar o a confesar, sea mediante coerción directa o indirecta, no se vulneran tales derechos*”. En este sentido, la STC 197/1995, de 21-12, afirma que este derecho impide que el imputado “*pueda ser forzado o inducido, bajo constrictión o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable*”. También la STS de 24-4-1992 pone el acento en la compulsión al sostener que “*El derecho a no declarar y a no confesarse culpable constituye un principio que resalta el valor de la libertad de toda persona sometida a un proceso criminal, prohibiendo cualquier actividad encaminada a quebrantar su integridad y libertad obligándole a declarar en un determinado sentido*”.

sujeto engañado no cree (falsamente) que tenga la obligación de inculparse, precisamente, porque no sabe que su interlocutor es un policía¹¹⁷⁶. Si esto es así, ante el argumento a fortiori expuesto (“si el derecho a la no autoincriminación garantiza que nadie pueda ser engañado por la policía para obtener una declaración inculpatoria, con más razón deberá garantizar que nadie pueda ser engañado por la policía para lograr que cometa un delito”) deberá negarse la mayor. La provocación de un delito a través de un engaño policial no podrá vulnerar el derecho a la no autoincriminación del sujeto provocado, simplemente, porque los engaños policiales, en sí mismos, no afectan al contenido de este derecho.

El origen histórico del derecho a la no autoincriminación puede ayudar a ilustrar el motivo por el que, en mi opinión, su ámbito de protección queda limitado a las inculpaciones obtenidas bajo compulsión. Tal y como indica la STC 197/1995, de 21-12, este derecho nace en el contexto de *“la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías que se inicia en la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo. Mientras que en éste, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado es considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo”*¹¹⁷⁷. Su propósito originario era evitar que el Estado obtenga declaraciones inculpatorias mediante tortura¹¹⁷⁸, lo cual era habitual en el contexto del antiguo sistema inquisitivo y, en cierta medida, una consecuencia lógica de considerar que el acusado fuera un mero objeto del proceso. En el momento en que este deja de ser tratado como una simple fuente de prueba y se le reconoce como sujeto del proceso, su confesión deja de ser algo *exigible* por el Estado. Por ello, desaparecen todos aquellos instrumentos encaminados a hacer efectiva dicha exigencia. En especial, la tortura, pero no solo ella. El castigo (o la amenaza del mismo) como medio para obtener una confesión pasa a ser inadmisibles. En consecuencia, el acusado —a diferencia del testigo— deja de tener la obligación de decir la verdad (que

¹¹⁷⁶ AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán: fundamentación teórica y sistematización”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 7, 2009, pág. 42.

¹¹⁷⁷ Con más detalle, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, cit., pág. 590; MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 52; PASTOR RUIZ, “El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado”, *LL*, núm. 8155, 2013, pág. 1; NIETO MARTÍN/BLUMENBERG, “Nemo tenetur se ipsum accusare en el derecho penal económico europeo”, en *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 409.

¹¹⁷⁸ CHIESA, “Más allá de la tortura: el principio nemo tenetur en casos límite”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 43, núm. 1, 2008, pág. 97.

no derecho a mentir¹¹⁷⁹). De este modo, se evita que “*el imputado sea obligado a transformarse en una fuente de prueba contra sí mismo*”¹¹⁸⁰.

El reconocimiento del imputado como sujeto (y no como objeto) del proceso hace que se estime *inexigible* que colabore activamente en su propia condena¹¹⁸¹. Al fin y al cabo, su instinto de conservación le empuja a tratar de eludir la punición¹¹⁸². Obligarle a “cavar su propia tumba” supone ponerlo en una situación de conflicto consigo mismo. En palabras de BECCARIA, “*Una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo, sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción (...) ¿Por qué poner al hombre en la terrible contradicción de faltar a Dios o concurrir a su propia ruina? La ley que ordena el*

¹¹⁷⁹ PASTOR RUIZ, “El derecho a mentir”, cit., pág. 2, señala que “*la razón por la que al imputado se le exime del deber de decir la verdad está en la voluntad de excluir la coacción directa o indirecta del proceso penal. A la vista de esta conexión debe concluirse que las mentiras del imputado no serán perseguibles cuando dicha punición suponga una quiebra de la interdicción de la coacción. Lo que a sensu contrario implica que cuando el castigo de las mentiras del imputado no contravenga la los derechos a la defensa del imputado resultará admisible. Este es el sentido con el que el Tribunal Constitucional niega la existencia de un derecho absoluto a mentir*”. Sostener la existencia de un “derecho a mentir” implicaría que los eventuales perjuicios a terceros derivados de la declaración de un inculpado deberían quedar amparados por el contenido de este derecho. En cambio, reconocer que el inculpado no tiene la obligación de decir la verdad solamente excluye que este pueda ser compelido a autoincriminarse. La diferencia es sutil pero, al mismo tiempo, muy relevante. Así, por ejemplo, si existiera un derecho a mentir, en el famoso caso de Marta del Castillo, las reiteradas mentiras del imputado respecto a la localización del cadáver de su víctima no hubieran podido castigarse como un delito contra la integridad moral de su familia (STS 62/2013, de 29-1), pues estas derivarían del ejercicio de un derecho fundamental. Algo parecido podría decirse respecto al (mal) llamado “derecho a la huida”. Una cosa es sostener que el inculpado no tiene la obligación de dejarse detener y otra muy distinta defender que tiene derecho a huir de la acción policial. Lo primero impide que pueda ser castigado por un delito de desobediencia cuando, al ser descubierto cometiendo un delito, no acate la orden de dejarse detener. Lo segundo supondría justificar los eventuales delitos contra bienes jurídicos de terceros —conducción temeraria, lesiones, atentados, etc.— que cometa en el contexto de una huida de la acción policial. En este sentido, resultan especialmente ilustrativas las palabras de la STS 670/2007, de 17-7: “*La existencia de un derecho a la huida ha sido reivindicada desde algunas posiciones doctrinales, que afirman la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de una conducta distinta, de un comportamiento conforme a la norma. La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos*”.

¹¹⁸⁰ MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Giappichelli, Turín, 1970, pág. 135. Vid. también LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, cit., pág. 198.

¹¹⁸¹ En este sentido, MAQUEDA ABREU, “Exigibilidad y derecho a no declararse culpable”, cit., pág. 38, afirma que la “*Ley, ha concebido (en estos casos) —y esa es su honra— que no se puede castigar a un ser activo y sensible, porque trate de liberarse de una sentencia condenatoria, que está amenazando su libertad*”.

¹¹⁸² Ya en su día, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. V, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1956, pág. 185, aludía al “*concepto primario de conservación de sí mismo*” del ciudadano común.

*juramento no deja en tal caso al reo más que la elección de ser mártir o mal cristiano*¹¹⁸³. Dejando de lado las connotaciones religiosas de su texto, la idea que transmite es clara: obligar a un sujeto a autoincriminarse implica ponerlo ante un grave conflicto motivacional¹¹⁸⁴. Desde mi punto de vista, el fundamento del derecho a la no autoincriminación es, precisamente, evitar que el inculpado se vea abocado a un conflicto de esta naturaleza¹¹⁸⁵. Por esta razón, su contenido únicamente puede ser vulnerado a través de la compulsión, y no mediante un simple engaño. El conflicto motivacional descrito solo se produce cuando un sujeto se siente compelido a autoincriminarse. Esto es, cuando debe enfrentarse a la disyuntiva entre contribuir a su propia condena o exponerse a otra clase de consecuencias negativas. En cambio, la autoincriminación obtenida mediante un simple engaño no genera una situación similar en el inculpado, pues este desconoce las consecuencias de su actuación y, por ello, su voluntad no se ve constreñida por el conflicto motivacional que genera la disyuntiva expuesta.

Una parte de la doctrina alemana llega a conclusiones parecidas a través de una interpretación restrictiva del § 136 a StPO¹¹⁸⁶. De acuerdo con ella, el engaño solo estaría prohibido cuando tuviera una intensidad equiparable a la del resto de métodos de

¹¹⁸³ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 1764, trad. DE LAS CASAS, Altaya, Barcelona, 1994, pág. 59.

¹¹⁸⁴ Esta misma idea, expresada de otro modo, se encuentra presente en la jurisprudencia del BVerfG: “*el establecimiento de una obligación legal de proporcionar información puede producir en el obligado el conflicto entre autoinculparse de un hecho punible, cometer eventualmente un nuevo delito por realizar una declaración falsa, o exponerse a la utilización de medidas coercitivas por su silencio*” (BVerfGE 56, 37). Vid. LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, cit., pág. 199; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 60.

¹¹⁸⁵ Precisamente, la sentencia del BVerfG citada en la nota anterior estima que abocar al inculpado a un conflicto de estas características “*ha de tenerse como una intromisión en la libertad de actuación y como una restricción de los derechos de la personalidad, en el sentido del art. 2.1 G.G. El compelimiento a declarar contra uno mismo afecta, además, a la dignidad de la persona contra la que se usan sus propias manifestaciones*”. En este sentido, resulta habitual vincular el fundamento de este derecho al respeto de la dignidad humana. Vid. al respecto, M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 42; BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 127; BACIGALUPO ZAPATER, “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, cit., pág. 504; LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, cit., pág. 203; AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pág. 9; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 54; RUIZ LAPEÑA, “La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 335.

¹¹⁸⁶ PUPPE, “List im Verhör des Beschuldigten“, GA, 1978, pág. 305; SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?“, cit., pág. 67; BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 82; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 123; AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pág. 15; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 55.

interrogatorio prohibidos (maltrato, agresión, amenaza, etc.)¹¹⁸⁷. Solo en estos casos se vería menoscabada “la libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculpado” a la que se refiere el § 136 a StPO. En el resto de supuestos, su autoincriminación debería ser considerada un acto libre, por mucho que el inculpado no la hubiera realizado de no ser por el engaño. De este modo, la “voluntariedad” de una autoincriminación obtenida bajo engaño no dependería de un simple juicio hipotético —¿se hubiera producido la autoinculpación sin el engaño policial?¹¹⁸⁸— sino de una valoración normativa algo más compleja¹¹⁸⁹. Esta es, *si el engaño ponía al inculpado en una situación en la que no podía razonablemente decidir otra cosa*¹¹⁹⁰. Así, por ejemplo, el engaño de un policía acerca de que existen pruebas irrefutables contra él¹¹⁹¹, o de que un coautor ha confesado el crimen¹¹⁹², deja al inculpado sin más alternativa razonable que confesar —sobre todo si dicha confesión se incentiva a través de alguna clase de rebaja de pena— y, por tanto, debería entenderse prohibido por el § 136 a StPO. En cambio, el engaño sobre la condición policial de un agente, que se hace pasar por un particular, no pone al inculpado en esa tesitura. Al fin y al cabo, la situación en la que se encuentra le permite optar razonablemente por no autoincriminarse. Por tanto, dicho engaño no estaría comprendido por la prohibición del § 136 a StPO. Adviértase que, conforme a esta interpretación, la infracción del § 136 a StPO quedaría circunscrita a los engaños que *compelen* al inculpado a autoincriminarse, pues solamente a través de la compulsión puede situarse a alguien en la posición de no poder optar razonablemente por no autoincriminarse.

¹¹⁸⁷ PUPPE, “List im Verhör des Beschuldigten“, cit., pág. 305.

¹¹⁸⁸ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 58.

¹¹⁸⁹ SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?“, cit., pág. 67.

¹¹⁹⁰ Tal y como indica CHIESA, “Más allá de la tortura”, cit., págs. 109 y 110, determinar si una autoinculpación es “voluntaria” no puede depender de “si el sujeto podía decidir otra cosa”, pues incluso en los casos de tortura “*el sujeto todavía tiene opciones, confesar o ser torturado, pero las pocas opciones que le quedan no son muy atractivas*”. En su lugar, el criterio que debe emplearse se basa en “*las mismas consideraciones que se toman en cuenta al determinar si un sujeto que comete un hecho antijurídico bajo coacción debe ser exculpado de responsabilidad penal. Al examinar si podía legítimamente exigírsele al sujeto coaccionado que actuara de otro modo, comparamos su conducta con la que hubiera observado una persona de razonable firmeza en su posición. Si se concluye que una persona de razonable firmeza hubiese resistido la coacción, declinamos eximir de responsabilidad al sujeto. Este tipo de análisis es eminentemente normativo, pues lo que establece la «voluntariedad» de la acción no es la presión psíquica experimentada por el sujeto, sino la determinación acerca de si la reducción en las capacidades volitivas o cognitivas del sujeto es lo suficientemente significativa como para justificar catalogar su acción como involuntaria*”.

¹¹⁹¹ C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 216.

¹¹⁹² M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 47.

No obstante, algunos autores alemanes y españoles —en especial, C. ROXIN¹¹⁹³ y MUÑOZ CONDE¹¹⁹⁴— e, incluso, una pequeña parte de la jurisprudencia¹¹⁹⁵, sostienen la posición contraria. Esta es, que los engaños que no implican compulsión también infringen el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. De acuerdo con este planteamiento, el derecho a la no autoincriminación “*no sólo prohíbe la coacción para declarar, sino que también pretende proteger al imputado de una «autoincriminación inducida por el Estado por medio del error»*, de una decisión de declarar por medio del engaño estatal”¹¹⁹⁶. A continuación, tratará de ponerse de manifiesto que esta postura: a) es incompatible con la admisión de las infiltraciones policiales de corta duración; b) implica reconocer que el derecho a la no autoincriminación puede ser legítimamente restringido; c) comporta consecuencias absurdas a la hora de tratar de fundamentar la impunidad del sujeto provocado.

¹¹⁹³ C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., pág. 142; EL MISMO, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 67. No obstante, recientemente este autor parece haber modificado su postura. Vid. C. ROXIN, “Die staatliche Selbstbelastungsprovokation“, en *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pág. 654.

¹¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, cit., pág. 75.

¹¹⁹⁵ En este sentido, la STS 178/1996, de 1-3, rechaza la validez probatoria de una conversación grabada por un agente infiltrado porque “*si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho*”. Del mismo modo, la SAP Tarragona —sección 4ª— 201/2014, de 19-5, sostiene que “*la interlocución y grabación de la conversación entre la persona que se considera víctima del hecho justiciable -o perjudicado en cualesquiera de sus variables por la apertura de un proceso de investigación- y la que reputa responsable con la finalidad de obtener de ésta información incriminatoria no puede admitirse pues el contexto de producción sugiere la utilización de provocación o engaño destinado a obviar o eludir el contenido del derecho a la no autoincriminación de la persona imputada que el estado debe ya proteger desde el inicio del proceso (...) las circunstancias de producción de la conversación, ya ejercitada la acción penal, con una clara finalidad de preordenación al proceso y dirigida por el Sr. Ildefonso a obtener el rédito de la confesión que pretendía, priva de todo valor probatorio a dicha prueba documental*”. La SAP Tarragona —sección 4ª— 193/2017, de 29-3, añade que “*si dicha interlocución y grabación se produce en el marco de la investigación y bajo la indicación o supervisión, aun difusa, de agentes estatales, es obvio que no solo se afecta por ardid el derecho a la no autoincriminación sino también el propio derecho al secreto de las comunicaciones, pues directa o indirectamente, aquí el aspecto cuantitativo no resulta particularmente importante, es el propio Estado el que viene a interferir, aprovechando la conversación de una persona con otra, en la comunicación de otro, eludiendo el circuito de garantías jurisdiccionales*”. Originariamente el BGH también adoptó una postura similar, aunque posteriormente modificó expresamente su posición. Vid al respecto C. ROXIN, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, cit., pág. 61; MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, cit., pág. 34.

¹¹⁹⁶ C. ROXIN, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, cit., pág. 62.

En primer lugar, la postura expuesta comportaría que la obtención de cualquier evidencia delictiva mediante una infiltración policial —con independencia de su duración e intensidad— incidiera en el derecho a la no autoincriminación del sujeto engañado¹¹⁹⁷. En efecto, todas las infiltraciones policiales, por fugaces que sean, se basan en un engaño acerca de la identidad e intenciones del agente que la lleva a cabo. Si dicho engaño —a pesar de no implicar compulsión alguna— puede restringir el derecho a la no autoincriminación, cualquier infiltración policial que descubra un delito afectará al patrimonio iusfundamental de su autor. Ello supondría negar el presupuesto conceptual de las infiltraciones policiales de corta duración. Este es, que no todas las infiltraciones policiales inciden en derechos fundamentales. Si esto fuera así, cualquier actuación policial “de paisano” debería contar con la autorización del art. 282 bis LECrim, pues lo contrario determinaría la ilicitud de todas las evidencias delictivas obtenidas.

En segundo término, la posición apuntada se ve obligada a concluir que el derecho a la no autoincriminación puede ser legítimamente restringido. Es decir, que se trata de un derecho cuyo contenido puede ser limitado en base a otros intereses. El motivo es simple: el art. 282 bis LECrim (o el § 110 StPO) autoriza expresamente que la policía pueda “actuar bajo identidad supuesta” para obtener evidencias delictivas. Si esta clase de engaños policiales afectan al derecho a la no autoincriminación de los sujetos investigados, necesariamente deberá colegirse que algunas restricciones de este derecho pueden quedar justificadas¹¹⁹⁸. Esto es, que el derecho a la no autoincriminación puede ser legítimamente restringido en virtud del interés del Estado en perseguir eficazmente “actividades propias de la delincuencia organizada” (art. 282 bis.1 LECrim)¹¹⁹⁹. Curiosamente, el propio MUÑOZ CONDE, tras defender que los simples engaños policiales infringen el derecho a la no autoincriminación¹²⁰⁰, se muestra especialmente crítico con la posibilidad de introducir “en el principio *nemo tenetur un criterio de proporcionalidad*

¹¹⁹⁷ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 63; AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pág. 45.

¹¹⁹⁸ En sentido similar, AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pág. 46. C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., pág. 143, también parece admitirlo cuando afirma que “la prohibición de obtener declaraciones autoincriminatorias mediante el empleo de engaño por parte del Estado, en los casos de criminalidad organizada, ha dejado, en parte, de estar en vigor”.

¹¹⁹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 242, y DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*, cit., pág. 97, parecen asumir que las actuaciones de un agente encubierto restringen el derecho a la no autoincriminación, aunque entienden justificada dicha restricción por el plácet del art. 282 bis LECrim. No obstante, ambos autores obvian la consecuencia lógica de este planteamiento. Esta es, que todas las autoinculpaciones que deriven de infiltraciones policiales no autorizadas en virtud del art. 282 bis LECrim —con independencia de su duración e intensidad— deberían ser declaradas nulas, pues provendrían de una restricción no justificada del derecho a la no autoincriminación de sus autores.

¹²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, cit., pág. 19.

entre la gravedad del delito y la admisibilidad de algunas pruebas, al que no alude ninguna de las declaraciones constitucionales sobre el mismo, que puede relativizarlo hasta el punto de lo que originariamente se configuró como un principio de vigencia absoluta pueda a la larga ser limitado o reducido a su mínima expresión”¹²⁰¹. Sin embargo, desde mi punto de vista, lo segundo es consecuencia de lo primero. Precisamente, el hecho de admitir que los simples engaños policiales infringen el derecho a la no autoincriminación comporta degradar su estatus a la categoría de “derecho ponderable”. Si cualquier autoinculpación obtenida bajo engaño incide en el contenido de este derecho, o bien el art. 282 bis LECrim es inconstitucional, o bien el derecho a la no autoincriminación puede ser legítimamente restringido en virtud de los procesos de ponderación propios del principio de proporcionalidad. *Tertium non datur*. En cambio, si se restringe su ámbito aplicativo a los engaños que implican compulsión, el derecho a la no autoincriminación podrá concebirse como un “derecho absoluto” no susceptible de ser legítimamente restringido en base a otros intereses. En mi opinión, si se quiere excluir que el derecho a la no autoincriminación pueda ser relativizado mediante su ponderación —y no se está dispuesto a declarar inconstitucional el art. 282 bis LECrim— el precio a pagar será dejar fuera de su ámbito aplicativo los engaños que no impliquen compulsión. Por ello, no puedo compartir completamente diagnóstico que realiza MUÑOZ CONDE cuando advierte que “la admisión de las pruebas derivadas de una autoinculpación conseguida por engaño puede abrir la puerta a otras posibilidades menos sutiles y mucho más peligrosas para los derechos fundamentales del imputado”¹²⁰². Creo que este riesgo no proviene de la “admisión de las pruebas derivadas de una autoinculpación conseguida por engaño” sino, precisamente, de la “admisión de que una autoinculpación conseguida por engaño vulnera el derecho a la no autoincriminación”. Solo si se niega esto último podrá cerrarse el paso de manera convincente a cualquier interpretación que pretenda relativizar la vigencia absoluta de este derecho y, en especial, de la prohibición que constituye su propósito original: la que veta la obtención de declaraciones inculpatórias mediante tortura¹²⁰³.

¹²⁰¹ *Ibidem*, pág. 38, refiriéndose a la jurisprudencia del BGH que, ante determinadas autoincriminaciones obtenidas mediante engaño, condiciona su admisibilidad a que se trate de hechos punibles “de importante significado” cuyo descubrimiento por otros métodos “sería mucho menos prometedor o se haría considerablemente más complicado” (BGHSt, 42, 139).

¹²⁰² MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, cit., pág. 38.

¹²⁰³ Esto no prejuzga la cuestión de si, en casos excepcionales, puede entenderse justificada desde el punto de vista jurídico-penal la conducta de un funcionario que atenta contra este derecho. Ambas cuestiones se mueven en planos diferentes. Una cosa es si la conducta de un policía que tortura puede llegar a estimarse amparada por una causa de justificación o exculpación jurídico-penal —cuestión sobre la que aquí no puedo entrar— y otra distinta es si las evidencias delictivas derivadas de dicha actuación pueden servir para

Los supuestos más problemáticos de autoincriminaciones obtenidas mediante engaño son aquellos en que un agente infiltrado (o un confidente) se introduce en la celda en la que se encuentra un detenido para sonsacarle su confesión. En Alemania, se han dado dos casos muy conocidos en los que el BGH ha estimado infringido el *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por un lado, en el “caso del espía en la celda” un policía de incógnito entró clandestinamente en la celda de un detenido para ganarse su confianza y, a través de ella, conseguir información sobre el delito que se le imputaba¹²⁰⁴. Por el otro, en el “caso de la adivina” una confidente policial fingió ante sus compañeras de prisión tener poderes sobrenaturales para influir en los tribunales que debían juzgarlas, prometiéndoles sentencias benévolas o absoluciones si le entregaban por escrito los hechos que realmente ocurrieron, y advirtiéndoles de una posible “venganza de los poderes superiores” en caso de no hacerlo¹²⁰⁵. También el TEDH ha apreciado una infracción del derecho a la no autoincriminación en un supuesto parecido en el que “*un informador habitual de la policía, fue puesto en la celda del demandante en la comisaría de Stretford y después en la misma prisión con el propósito específico de obtener del demandante información que le implicara en los delitos de los que era sospechoso (...) la policía había entrenado a H. y le había dado instrucciones para «empujarle todo lo que puedas» (...) el demandante estuvo sujeto a presiones psicológicas que chocaban con la «voluntariedad» de las declaraciones (...) estaba arrestado y bajo presión directa por parte de la policía en interrogatorios sobre el asesinato, y habría sido susceptible de persuasión para hacer de H., con quien compartió celda durante varias semanas, su confidente*”¹²⁰⁶.

Creo que esta clase de supuestos pueden explicar las reticencias de una parte de la doctrina a excluir del ámbito del derecho a la no autoincriminación los engaños que no implican compulsión. Al fin y al cabo, obtener confesiones de *personas privadas de libertad* a través de engaños similares a los expuestos genera un legítimo rechazo. Sin embargo, en mi opinión, no resulta necesario admitir que los simples engaños policiales infringen el derecho a la no autoincriminación para defender que estas prácticas son inadmisibles. La ilicitud de estos métodos puede ser fundamentada por otras vías. En este sentido, el hecho de que una persona se encuentre privada de libertad puede tenerse en cuenta desde dos

fundamentar una sentencia condenatoria. La caracterización del derecho a la no autoincriminación como “derecho de vigencia absoluta” solamente niega lo segundo.

¹²⁰⁴ BGHSt, 34, 362. Vid. al respecto C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., pág. 142; EL MISMO, “Die staatliche Selbstbelastungsprovokation“, cit., pág. 655.

¹²⁰⁵ BGHSt, 44, 129. Además, en este caso, la “adivina” proporcionó drogas a las presas para facilitar su confesión. Vid. sobre este supuesto MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, cit., pág. 37; C. ROXIN, “Die staatliche Selbstbelastungsprovokation“, cit., pág. 655.

¹²⁰⁶ STEDH caso *Allan v. Reino Unido*, de 5-11-2002, párr. 52. Vid. al respecto AMBOS, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán“, cit., pág. 43; C. ROXIN, “Die staatliche Selbstbelastungsprovokation“, cit., pág. 658.

perspectivas diferentes para excluir del acervo probatorio las confesiones obtenidas mediante un engaño policial.

En primer lugar, el engaño de un policía (o un confidente) que comparte celda con una persona detenida puede restringir su derecho a la intimidad con mucha más facilidad que si dicha persona se encontrara en libertad. La *intensidad* de una infiltración policial es significativamente más elevada en este contexto que en otros. Aunque dicha infiltración no dure muchos días, compartir habitáculo con otro sujeto la mayor parte de horas de una jornada contribuye a generar lazos personales y, de este modo, acceder a información que ponga al descubierto la esfera íntima de una persona. Por ello, una vía para declarar la nulidad probatoria de una confesión obtenida en estas circunstancias sería estimar vulnerado el derecho a la intimidad del sujeto engañado¹²⁰⁷. Así, en el “caso del espía en la celda” podría fundamentarse la impunidad del inculcado en base a la infracción de este derecho. Al fin y al cabo, si el agente infiltrado tuvo que ganarse la confianza de la persona detenida para sonsacarle la confesión, previamente debió conversar con ella acerca muchos otros temas de carácter personal. Si la información derivada de dichas conversaciones era íntima —por hacer referencia a creencias religiosas, preferencias sexuales, etc.— o, en su conjunto, podía revelar facetas de su intimidad, la confesión obtenida constituiría una prueba ilícita por traer causa de la vulneración de un derecho fundamental. Adviértase que, de ser así, infracción del derecho a la intimidad no provendría de la confesión en sí misma —pues la información relativa a un delito nunca puede ser íntima¹²⁰⁸— sino de los datos personales obtenidos a través de la (falsa) relación de confianza que la permitió¹²⁰⁹.

En segundo lugar, el hecho de que una persona se encuentre privada de libertad hace que sea más vulnerable a la *presión psicológica*. Ello debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar si un engaño ha comportado *compulsión*. Así, por ejemplo, en el “caso de la

¹²⁰⁷ Obviamente, este planteamiento tiene una importante limitación. Esta es, que si la infiltración policial cuenta con el plácet del art. 282 bis LECrim, la restricción del derecho a la intimidad deberá entenderse justificada y, por ello, las pruebas obtenidas mediante el engaño policial no podrán declararse nulas.

¹²⁰⁸ Vid. *supra* el apartado 7.2.3.

¹²⁰⁹ C. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., pág. 122, advierte que las vulneraciones del derecho a la intimidad suelen ir asociadas a una infracción del *nemo tenetur se ipsum accusare*, y viceversa: “quiero diferenciar entre la prohibición de la auto-incriminación obtenida por el Estado de manera involuntaria y el derecho a un ámbito privado. En realidad ambos círculos se interfieren entre sí porque, precisamente, la coacción a auto-incriminarse, a menudo, trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa, la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una autoincriminación involuntaria (...) No obstante, no toda injerencia en la esfera personal conlleva una autoincriminación, y no toda autoincriminación involuntaria está unida a una injerencia en el ámbito privado”. En mi opinión, es importante remarcar que el objeto de estos dos derechos es radicalmente distinto, aunque fenomenológicamente la vulneración de uno suele ir de la mano de la infracción del otro. El derecho a la intimidad no protege los datos referentes a la comisión de un delito, aunque sí puede abarcar la información que lo envuelve y que, en ocasiones, debe desvelarse para generar el clima de confianza que permita obtener una confesión. En cambio, el objeto de protección del derecho a la no autoincriminación abarca, única y exclusivamente, información relativa a la comisión de un delito.

adivina” el engaño acerca de sus poderes sobrenaturales —y su capacidad para incidir en los tribunales sentenciadores— indudablemente compelió a las presas a autoincriminarse¹²¹⁰. Del mismo modo, la persistencia y la presión psicológica que ejerció el informador policial en el caso juzgado por el TEDH también era susceptible de quebrar la resistencia de un preso a autoincriminarse. Aunque en ninguno de estos dos supuestos se hizo pensar a los inculpados que tenían la obligación de declarar —pues ambos desconocían que su interlocutor trabajaba para la policía— el engaño que motivó su autoincriminación tenía un claro componente coercitivo. Por ello, no resulta necesario admitir que los simples engaños policiales infringen el *nemo tenetur se ipsum accusare* para fundamentar la ilicitud de los métodos expuestos. Una interpretación amplia del concepto “compulsión” permite sostener que en ambos casos los engaños policiales compelieron a los inculpados a declarar contra sí mismos y que, por tanto, se vulneró su derecho a la no autoincriminación.

Por último, si se admitiera que los simples engaños policiales restringen el derecho a la no autoincriminación —y se obviarán los obstáculos formales que impiden extender el contenido de este derecho a la propia realización de hechos delictivos— la impunidad del sujeto provocado quedaría delimitada mediante criterios que conducen a consecuencias absurdas. En primer lugar, el único elemento relevante para fundamentar su impunidad sería el engaño policial. De este modo, en vez de valorar la trascendencia de la contribución policial al delito —esto es, cuál ha sido la intensidad de la provocación— lo más coherente sería diferenciar entre la “*mentira consciente*” y “*el mero ardid*”¹²¹¹. Es decir, entre “*el uso de mentiras*” y “*la aseveración de algo que es cierto o no es susceptible de ser cierto o falso*”¹²¹². Así, por ejemplo, que un policía de incógnito afirme ante un sujeto que “está interesado en que le consiga una importante cantidad de droga”, mostrándole un maletín lleno de dinero, no constituye propiamente una mentira, sino, simplemente, una declaración que no dice toda la verdad. En cambio, responder a un vendedor callejero de drogas que pregunta si “¿consumes cocaína?” con un “sí”, para provocar una compra-venta, supone decir explícitamente algo que no es cierto. Sostener que en el segundo caso concurren más razones para la impunidad del sujeto provocado que en el primero resulta, a todas luces, absurdo. En este sentido, poner el foco de atención exclusivamente en el engaño, y no en la provocación, supone obviar una parte muy importante del problema.

¹²¹⁰ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 57, remarcando que la decisión del BGH de estimar infringido el § 136 a StPO no se basó en el engaño, sino en la compulsión derivada de encontrarse las presas bajo la custodia estatal.

¹²¹¹ C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 216.

¹²¹² CHIESA, “Más allá de la tortura”, cit., pág. 116.

En segundo lugar, este planteamiento se vería obligado a concluir que la provocación realizada por un policía autorizado en virtud del art. 282 bis LECrim para “*actuar bajo identidad supuesta*” nunca comportaría la impunidad del sujeto provocado. Al fin y al cabo, el engaño que restringiría su derecho a la no autoincriminación se encontraría justificado por el correspondiente plácet judicial. De este modo, el policía que contara con dicha autorización tendría, de nuevo, una patente de corso para llevar a cabo cualquier tipo de provocación, con el único límite de su propia responsabilidad penal.

6.4. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia estima que algunas actuaciones propias de un agente provocador vulneran la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad del sujeto provocado¹²¹³. En particular, aquellas provocaciones estatales realizadas mediante engaño. De este modo, fundamentan la impunidad del sujeto provocado en la protección que deriva de los arts. 1.1 y 1.2 GG o, en el caso español, del art. 10.1 CE.

Pues bien, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que, al contrario de lo que ocurre en Alemania, ni la dignidad ni el libre desarrollo de la personalidad constituyen derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional¹²¹⁴. Tal y como indica el TC, las previsiones “*relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E. (...), si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo*”¹²¹⁵. En efecto, tanto la ubicación sistemática como la propia dicción del art. 10.1 CE impide que la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad sean comprendidos como derechos fundamentales. Al ser ambos “*fundamento del orden político y de la paz social*” (art. 10.1 CE) su contenido “*se hallaría ya concretado por otras previsiones*

¹²¹³ LÜDERSEN, “*Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*”, cit., pág. 365; FRANZHEIM, “*Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern*”, cit., pág. 2015; RUIZ VADILLO, “*La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo*”, cit., pág. 4921; SAMPEDRO ARRUBLA, “*La prueba y el agente provocador*”, *Derecho Penal y Criminología*, núm. 74, 2003, pág. 166; CARLON, “*Entrapment, Punishment, and the Sadistic State*”, cit., pág. 1114. Vid. en la jurisprudencia alemana BGH, NJW 1980, 176; StV 1981, 276; NStZ 1981, 70; AG Heidenheim, NJW 1981, 1628. En sentido similar, SSTS 2437/1993, de 3-11; 1114/2002, de 12-6.

¹²¹⁴ ROBLES MORCHÓN, “*El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)*”, cit., pág. 51; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “*La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica*”, cit., pág. 173; PASCUAL MEDRANO, “*La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español*”, cit., pág. 297; PRESNO LINERA, “*Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad*”, cit., pág. 365.

¹²¹⁵ STC 150/1991, de 4-7.

*constitucionales de carácter específico*¹²¹⁶. En consecuencia, la protección derivada de su reconocimiento constitucional se encontraría plasmada en el catálogo de derechos fundamentales que expresamente se califican como tales. Precisamente por ello, la eventual afectación de la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad nunca podría comportar, por sí misma, una consecuencia como la absolución del sujeto provocado.

De todos modos, los contornos del propio concepto de *dignidad* son tan vagos e imprecisos que tratar de delimitar las provocaciones estatales que incidirían en su contenido constituye una tarea abocada al fracaso. Tal y como indica TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “*la determinación de esos contenidos prohibidos o incompatibles con la noción (o mejor dicho las nociones) constitucionales de la dignidad resulta una tarea prácticamente imposible*”, pues las fórmulas empleadas para definirla “*son siempre inevitablemente circulares o tautológicas*”¹²¹⁷. En este sentido, resulta sintomático que el propio BVerfG haya renunciado a establecer de modo general sus límites¹²¹⁸, resignándose a “*decidir caso a caso (von Fall zu Fall) si se ha vulnerado la dignidad*”¹²¹⁹. En todo caso, la frecuente alusión que realiza este tribunal a la máxima kantiana de “no instrumentalización” tiene un potencial explicativo muy reducido¹²²⁰. Al fin y al cabo, “*no parece poder negarse que nuestros ordenamientos jurídicos (el alemán tanto como el español) rebosan disposiciones que de alguna manera instrumentalizan a otro contra su voluntad, en aras de los intereses de otras personas o de la colectividad (...) ¿no instrumentalizamos al sujeto sospechoso ingresado en prisión preventiva en aras de garantizar la posibilidad de someterle a la acción de la justicia, asumiendo el riesgo de que finalmente pueda ser inocente?(...) ¿Dónde situar, en definitiva, el umbral que diferenciaría las instrumentalizaciones admisibles de las que no lo son?*”¹²²¹. Advuértase que toda infiltración policial supone, en cierto modo, una instrumentalización del sujeto engañado¹²²². A fin de cuentas, implica mentirle y tratarlo como un medio para obtener

¹²¹⁶ PASCUAL MEDRANO, “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”, cit., pág. 310.

¹²¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, cit., pág. 172.

¹²¹⁸ BVerfGE 30, 1.

¹²¹⁹ GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, cit., pág. 60.

¹²²⁰ BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., pág. 125; DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, cit., pág. 114; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 68.

¹²²¹ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, cit., pág. 201.

¹²²² PUPPE, “Verführung als Sonderopfer”, cit., pág. 405.

información¹²²³. Si no se está dispuesto a admitir que cualquier engaño policial vulnera la dignidad de las personas investigadas —lo cual comportaría la inconstitucionalidad del § 110 StPO o el art. 282 bis LECrim¹²²⁴— sostener que las provocaciones estatales sí lo hacen requeriría una fundamentación que difícilmente puede derivarse de la noción kantiana de “no instrumentalización”.

La delimitación del *libre desarrollo de la personalidad* plantea problemas similares a la hora de intentar determinar cuándo y por qué una provocación estatal restringiría su contenido. En todo caso, la vinculación de este derecho con la protección de la autodeterminación personal¹²²⁵ no permite afirmar que las provocaciones estatales afecten al mismo¹²²⁶. En este sentido, la incidencia de un agente provocador estatal en la voluntad del sujeto provocado —por ejemplo, instigándole a delinquir a través de una recompensa— no vulnera su autonomía¹²²⁷. Después de todo, este último sigue siendo libre para decidir si delinquir o no¹²²⁸. A estos efectos, el hecho de que el sujeto provocado no hubiera cometido el delito en caso de conocer la verdadera identidad e intenciones del agente provocador resulta, en sí mismo, irrelevante¹²²⁹. La autodeterminación personal del sujeto provocado solo podría verse afectada mediante una actuación coactiva y, en ese caso, no sería necesario fundamentar su impunidad en la vulneración de derecho alguno, pues dicha compulsión negaría directamente el carácter delictivo de su conducta (arts. 20.5º y 20.7º CP).

Finalmente, conviene destacar que el libre desarrollo de la personalidad del sujeto provocado tampoco puede entenderse vulnerado por el hecho de que, a raíz de la

¹²²³ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 70.

¹²²⁴ Dichos preceptos serían inconstitucionales por autorizar una intervención que lesiona la dignidad de los sujetos engañados. Tal y como señala ROBLES MORCHÓN, “El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)”, cit., pág. 56, la dignidad “*por su propia característica de ser un absoluto axiológico, no puede ser limitada bajo ningún concepto*” y, por tanto, una norma que permita su vulneración sería necesariamente inconstitucional. Vid. en este sentido TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, cit., pág. 169; GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, cit., pág. 60.

¹²²⁵ PRESNO LINERA, “Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad”, cit., pág. 372. De todos modos, la autodeterminación personal también suele relacionarse con la propia noción de dignidad. Vid. al respecto BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit, pág. 100; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 117; TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, cit., pág. 180.

¹²²⁶ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 36.

¹²²⁷ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit, pág. 100.

¹²²⁸ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 118.

¹²²⁹ DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, cit., pág. 115.

infracción provocada, su integración social se vea perjudicada¹²³⁰. Al fin y al cabo, la eventual desintegración social que experimente será imputable a su libre decisión delictiva¹²³¹. Además, fundamentar la impunidad del sujeto provocado en la protección de su integración social obligaría a castigarlo si ya estaba previamente desintegrado¹²³². A fin de cuentas, en estos casos su integración social no resultaría perjudicada por la comisión de la infracción provocada. En última instancia, ello comportaría la inaceptable consecuencia —muy similar a la que deriva de algunas teorías de la corrupción¹²³³— de permitir que las personas socialmente desintegradas sean provocadas sin reparo alguno¹²³⁴.

6.5. Tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, Estado de Derecho, y función de la policía

Todas las variantes del argumento de los derechos fundamentales expuestas hasta ahora delimitan la impunidad del sujeto provocado a partir de dos elementos. Por un lado, la restricción de un derecho. Por el otro, la ausencia de una justificación para dicha restricción. De este modo, fundamentan la impunidad del sujeto provocado en base a la *restricción injustificada* de un derecho fundamental. En los epígrafes anteriores se ha negado que la actuación de un agente provocador restrinja derecho fundamental alguno y, por tanto, no se ha examinado la posibilidad de justificar dicha actuación. Al fin y al cabo, si la provocación no afecta al patrimonio iusfundamental del sujeto provocado, su eventual justificación resulta, *a priori*, intrascendente. En este sentido, la imposibilidad de justificar una provocación no parece relevante para fundamentar la impunidad del sujeto provocado si dicha provocación deja incólumes sus derechos fundamentales. Sin embargo, el argumento que se expondrá a continuación niega precisamente esto último. Es decir, sostiene que la impunidad del sujeto provocado se fundamenta, precisamente, en la ausencia de justificación de la actuación estatal que lo ha llevado a delinquir. De esta forma, delimita la impunidad del sujeto provocado a partir de un único elemento (negativo): la falta de justificación de una provocación estatal.

¹²³⁰ GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 42.

¹²³¹ SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?“, cit., pág. 68;

¹²³² BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 103.

¹²³³ Vid. *supra* el apartado 1.1.1 del capítulo V. Conviene resaltar que esta coincidencia no es casual, pues LÜDERSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, cit., pág. 364, recurre expresamente a algunas de dichas teorías para sostener que las provocaciones estatales restringen el derecho al libre desarrollo de la personalidad del sujeto provocado. En particular, dicho autor alude al fundamento de la participación propuesto por LESS, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung”, cit., pág. 52 y TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, cit., pág. 12.

¹²³⁴ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 105.

Mediante la alusión a la tutela judicial efectiva¹²³⁵, a la interdicción de la arbitrariedad¹²³⁶, al principio del Estado de Derecho¹²³⁷, o a la propia función de la policía¹²³⁸, se hace referencia a un mismo argumento cuyo contenido podría sintetizarse del siguiente modo: en tanto que los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico, las provocaciones estatales que no se encuentren amparadas por él resultarán ilegítimas y, por tanto, deberán comportar la impunidad del sujeto provocado. Adviértase que este argumento se basa en la premisa de que las actuaciones públicas sin respaldo legal no pueden sustentar una sentencia condenatoria. Esto es, que las intervenciones policiales que se apartan de sus funciones legales de “*averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente*”¹²³⁹ no pueden comportar el castigo de quien se ha visto afectado por ellas. De este modo, la impunidad del sujeto provocado se fundamentaría en la ausencia de amparo legal de la provocación estatal que se ha dirigido contra él.

Pues bien, desde mi punto de vista, la premisa en que se basa este argumento no puede ser suscrita. Aunque las actuaciones de los poderes públicos que no se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico puedan resultar ilegítimas, *no toda actuación ilegítima de los poderes públicos impide sustentar una sentencia condenatoria*. En este sentido, las únicas actuaciones estatales ilegítimas que impiden sancionar una conducta delictiva son aquellas que vulneran derechos fundamentales (art. 11 LOPJ). Solamente

¹²³⁵ SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1; SSTS de 14-06-1993; 313/2017, de 3-5. En esta última resolución se afirma expresamente que “*el delito provocado (...) constituye principalmente la vulneración del derecho al juicio justo o equitativo*”. En el mismo sentido, respecto al derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) vid. SSTEDH *caso Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9-6-1998, párr. 39; *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 54; *caso Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 47.

¹²³⁶ SSTS 2437/1993, de 3-11; STS 1114/2002, de 12-6; 154/2009, de 6-2. Esta última sentencia sostiene que el delito provocado supone una “*vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. También RUIZ ANTÓN, “La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas”, cit., pág. 333; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, cit., pág. 325; NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, cit., pág. 160.

¹²³⁷ BGH, NJW 1980, 1761, párr. 4; NStZ 1981, 70; MDR 1984, 861, párr. 11; NStZ 2016, 52, párr. 48. De forma similar, M. SCHMIDT, *Der tatprovokierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, cit., pág. 49; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 125; MALUGA, *Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute*, VWF, Berlin, 2006; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 39, aluden al principio de reserva de ley (“*Prinzip vom Gesetzesvorbehalt*”). Vid. también C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67.

¹²³⁸ DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat”, cit., págs. 32 y 34; ASHWORTH, “What is Wrong with Entrapment?”, cit., pág. 298; HILL/MCLEOD/TANYI, “What is the Incoherence Objection to Legal Entrapment?”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3337625>, 2019, pág. 30, refiriéndose todos ellos a la idea de que “la función de la policía es detectar o prevenir el delito, y no crearlo”. Vid. en este mismo sentido, *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 444 (1932).

¹²³⁹ STS 493/1992, de 4-3.

dichas infracciones constitucionales pueden oponerse al castigo del sujeto provocado. Por ello, sostener que “*la tarea de la policía es prevenir e investigar el delito y no incitarlo*”¹²⁴⁰ no permite fundamentar la impunidad del sujeto provocado. Por mucho que una provocación no se encuentre “*comprendida en el marco de las tareas generales preventivas y represivas de la policía*”¹²⁴¹, la infracción del ordenamiento jurídico que supone su realización no impide sancionar el hecho delictivo provocado. Del mismo modo, admitir que una provocación estatal “*desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos (...) sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas*”¹²⁴² tampoco representa un argumento para absolver al sujeto provocado. Al fin y al cabo, ninguno de los preceptos constitucionales mentados contiene un derecho fundamental¹²⁴³.

La única posibilidad de fundamentar la impunidad del sujeto provocado mediante esta clase de razonamientos sería entender que las provocaciones injustificadas “*vulneran los principios del debido proceso*”¹²⁴⁴. Es decir, que la realización de una provocación estatal sin amparo legal comporta una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De esta forma, *la falta de justificación de una provocación estatal constituiría, por sí misma, la restricción de un derecho fundamental*. No obstante, esto último supondría desnaturalizar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Tal y como indica la STS 173/2018, de 11-4, “*el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de todas las reglas legales procesales*”¹²⁴⁵. Esto es, no garantiza la estricta legalidad de todas las actuaciones públicas que conducen a una sentencia condenatoria¹²⁴⁶. Así, por ejemplo, la ausencia del secretario judicial en una diligencia de entrada y registro (art. 569 LECrim)¹²⁴⁷, la omisión de advertir al testigo de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio (art. 433 LECrim)¹²⁴⁸, o la presencia de este en la sala de enjuiciamiento antes de ser llamado a declarar (art. 704

¹²⁴⁰ STEDH caso *Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 48, traducción propia.

¹²⁴¹ C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67.

¹²⁴² STS 1114/2002, de 12-6.

¹²⁴³ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 151.

¹²⁴⁴ STS de 14-06-1993.

¹²⁴⁵ En sentido similar, la STS 1180/1998, de 12-11, señala que “*por muy ampliamente que se conciba el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede alcanzar a dar cobertura a cualquier denuncia genérica de supuestas infracciones procesales, pretendiendo constitucionalizar la totalidad de la normativa procesal*”. También la STC 14/1995, de 24-1, recuerda que “*el art. 24 CE no tiene la virtualidad de constitucionalizar todas las reglas procesales, o las de derecho material con trascendencia en el proceso*”.

¹²⁴⁶ MORENO GARCÍA, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, REDC, núm. 38, 1993, pág. 293.

¹²⁴⁷ SSTS 381/2010, de 27-4; 378/2014, de 7-5; 166/2015, de 24-4.

¹²⁴⁸ STS 122/2018, de 14-3.

LECRim)¹²⁴⁹, constituyen infracciones legales que, por sí mismas, carecen de relevancia constitucional¹²⁵⁰. Si la vulneración expresa de las garantías contenidas en dichos preceptos no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, la simple realización de una actuación estatal sin amparo legal tampoco lo hará. En consecuencia, la falta de justificación de una provocación no puede fundamentar, por sí sola, una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto provocado. Para apreciar una restricción de esta naturaleza sería necesario identificar algún argumento adicional que, más allá de negar su cobertura legal, explicara por qué una provocación estatal resulta contraria a las exigencias derivadas del art. 24 CE¹²⁵¹.

De todos modos, el desarrollo coherente del argumento esbozado —con independencia del precepto constitucional en el que se ampare— conllevaría consecuencias a todas luces inasumibles. Si la impunidad del sujeto provocado se fundamenta en ausencia de justificación de una provocación estatal, cualquier otra intervención policial que no se encuentre “*comprendida en el marco de las tareas generales preventivas y represivas de la policía*”¹²⁵² debería comportar el mismo resultado. Es decir, cualquier actuación policial que se apartara de sus funciones legales impediría castigar al sujeto que se ha visto afectado por ella. De esta forma, ninguna sentencia condenatoria podría basarse en una intervención policial —por trivial o insignificante que fuera— carente de cobertura legal. Mediante las siguientes reducciones al absurdo puede ilustrarse por qué esto resulta inadmisibile:

Un policía uniformado quiere fumarse un cigarrillo durante sus horas de servicio y, al darse cuenta de que tiene ningún mechero, se lo pide a un ciudadano que se encuentra en las proximidades. Dicho ciudadano saca un encendedor de su bolsillo y, al hacerlo, se le

¹²⁴⁹ SSTS 153/2005, de 10-2; 814/2011, de 15-7; 200/2017, de 27-3.

¹²⁵⁰ Tal y como indica la STS 173/2018, de 11-4, ello “*no significa esto que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es insignificante o despreciable una garantía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas procesales será justamente la causa en virtud de la cual se niega capacidad convictiva a un testimonio (v.gr. el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas para cuestionar su credibilidad). Pero sería no solo contrario a la norma, sino también a la lógica y al más básico sentido común, que de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías*”.

¹²⁵¹ Ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo español que fundamentan el delito provocado en la lesión de la tutela judicial efectiva identifica un argumento de esta naturaleza. Tampoco hace lo propio el Tribunal Supremo americano respecto a la variante constitucional del *entrapment* (vid. *supra* el apartado 1.3 del capítulo III). Lo mismo podría decirse de la escueta fundamentación empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para sostener que la provocación policial vulnera el art. 6.1 CEDH: “*la tarea de la policía es prevenir e investigar el delito y no incitarlo*” (STEDH caso *Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 48, traducción propia).

¹²⁵² C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67.

cae una papelina que contiene una cantidad de droga lo suficientemente elevada como para descartar que vaya dirigida a su propio consumo. En este supuesto, el policía uniformado ha descubierto un delito de tráfico de drogas mediante una solicitud —pedir un mechero— que carece de cualquier clase de cobertura legal. Sin embargo, resultaría absurdo concluir que el autor del delito debe ser absuelto por ello. Aunque dicha solicitud se aparte de las funciones que la policía tiene legalmente encomendadas, la eventual infracción que supone su realización no parece, ni de lejos, razón suficiente para negar la licitud de las pruebas obtenidas. Algo similar ocurriría en el siguiente caso: *Un policía de incógnito se encuentra vigilando una zona en la que suelen realizarse actividades de tráfico de drogas. De forma sorpresiva, un individuo se aproxima a él y le pregunta si puede darle cambio de varios billetes. El policía accede a ello y, tras varios minutos, el mismo individuo vuelve a acercarse a él para agradecerle el gesto y comentarle que, con los billetes que le ha proporcionado, ha conseguido adquirir la droga que había venido a buscar. Inmediatamente, el policía procede a su aprensión y encuentra en sus bolsillos una cantidad de droga incompatible con su autoconsumo.* De nuevo, en este supuesto el policía de incógnito ha llevado a cabo una actuación —dar cambio a un individuo— ajena a sus funciones legales. Además, dicha actuación ha favorecido involuntariamente la comisión de un delito, pues los billetes proporcionados han sido empleados para adquirir su objeto material. No obstante, derivar de ello que el delito resultante debe permanecer impune resulta, a todas luces, inasumible. Por mucho que su favorecimiento involuntario —mediante la acción de dar cambio— carezca de amparo normativo, fundamentar en ello su impunidad parece insostenible. Al fin y al cabo, la relevancia de la contribución ha sido mínima —el autor podría haber obtenido cambio en cualquier otro lugar— y, además, esta ni siquiera ha sido voluntaria.

Los anteriores ejemplos tratan de poner de manifiesto que *no todas las actuaciones públicas que carecen de amparo legal son iguales.* La relevancia de una intervención policial injustificada que restringe derechos fundamentales —por ejemplo, intervenir las comunicaciones de un sujeto— no puede asimilarse a una actuación injustificada que resulta inocua para estos —por ejemplo, solicitar un mechero—. Tampoco pueden equipararse determinadas contribuciones policiales a un delito —por ejemplo, ofrecer una elevada cantidad de dinero a cambio de una pequeña cantidad de droga— con otras —por ejemplo, dar cambio a un sujeto desconociendo que lo empleará para adquirir drogas— aunque todas ellas carezcan de cualquier cobertura legal. Al centrarse únicamente en la eventual justificación de las actuaciones estatales, el argumento expuesto es incapaz de captar esta clase de diferencias. Debido a ello, no puede explicar por qué solamente las provocaciones estatales injustificadas —y no todas las actuaciones públicas sin amparo legal— deberían comportar la impunidad del sujeto afectado por ellas. Dicho déficit

explicativo impide que este argumento pueda fundamentar (y delimitar) satisfactoriamente la impunidad del sujeto provocado.

7. Conclusiones parciales

Ninguno de los argumentos expuestos en este capítulo puede fundamentar y delimitar satisfactoriamente la impunidad del sujeto provocado. Así, por un lado, una incitación del agente provocador, por muy persistente o persuasiva que sea, no puede cuestionar la *voluntariedad* de la conducta del sujeto provocado. Por otra parte, el hecho de que el comportamiento del sujeto provocado no resulte *peligroso* desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador solo tiene relevancia para negar la responsabilidad de este último, pero no la del primero. Tampoco puede fundamentarse la impunidad del sujeto provocado en que previsiblemente no hubiera cometido delito alguno sin la intervención del agente provocador, pues la *necesidad* de imponer una pena no deriva exclusivamente de sus (eventuales) efectos preventivo-especiales. Asimismo, desincentivar el desperdicio de *recursos* públicos que implican determinadas provocaciones estatales no representa un argumento para absolver al sujeto provocado, dado que los tribunales no pueden condicionar una condena a la eficiencia de la actuación policial que la ha posibilitado. Tampoco pueden hacer lo propio basándose en la *percepción social* de dichas actuaciones. Finalmente, provocar un delito no vulnera *derecho fundamental* alguno y, por tanto, no resulta viable fundamentar la impunidad del sujeto provocado en la nulidad de las pruebas que acreditan su comisión.

Una vez descartados los argumentos anteriores, resta ahora por identificar cuál es, desde mi punto de vista, aquel que puede fundamentar y delimitar adecuadamente la impunidad del sujeto provocado. Es decir, aquel que ofrece una respuesta satisfactoria a la pregunta de *¿por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado?* Con este propósito, en el siguiente capítulo se tratará de desarrollar una fundamentación que, partiendo de algunas ideas apuntadas por la doctrina y la jurisprudencia, explique de forma convincente por qué el sujeto provocado debería ser absuelto y, en última instancia, delimite con claridad cuándo resulta procedente dicha absolución. La fundamentación mentada recibirá la denominación de “argumento de la legitimidad” y, como se verá más adelante, empleará los límites de la responsabilidad penal del agente provocador para definir, a modo de espejo, el ámbito que debe abarcar la impunidad del sujeto provocado.

VII. LA IMPUNIDAD DEL SUJETO PROVOCADO A PARTIR DEL ARGUMENTO DE LA LEGITIMIDAD

El argumento de la legitimidad ha sido empleado expresamente por la jurisprudencia española¹²⁵³, alemana¹²⁵⁴ y norteamericana¹²⁵⁵, así como por una pequeña parte de la doctrina de estos dos últimos países¹²⁵⁶. De acuerdo con nuestro propio Tribunal Supremo, este argumento fundamentaría la impunidad del sujeto provocado “*en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito*”¹²⁵⁷. De este modo, la provocación de un delito por parte de un funcionario público menoscabaría, por algún motivo, la legitimidad del Estado para sancionarlo. Dicho motivo estaría, en todo caso, relacionado con la *idea de contradicción*. Así, en la jurisprudencia española, la noción de contradicción se plasma en el aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*¹²⁵⁸. En Alemania se alude a esta idea mediante la figura equivalente de la *Verwirkung*¹²⁵⁹ y, en particular, su versión jurídico-penal de la *Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*¹²⁶⁰. Por último, en Estados Unidos se invoca la institución anglosajona del *estoppel*¹²⁶¹ en el mismo sentido¹²⁶². Al margen de las

¹²⁵³ SSTS de 14-06-1993; 1385/1993, de 14-6; 1247/1997, de 20-10; 890/1999, de 5-6.

¹²⁵⁴ BGH, NStZ 1981, 70.

¹²⁵⁵ *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 435 (1932).

¹²⁵⁶ En la doctrina alemana destacan, KATZORKE, *Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989, págs. 143 y ss.; WOLFLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., págs. 216 y ss. En el ámbito anglosajón este argumento ha sido desarrollado principalmente por DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 187 y ss.; EL MISMO, *Sobre el castigo*, cit., págs. 83 y ss.; EL MISMO, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., págs. 133 y ss. También de forma colectiva en DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., págs. 242 y ss.

¹²⁵⁷ STS de 14-06-1993.

¹²⁵⁸ En este sentido, la STS 890/1999, de 5-6, sostiene que la impunidad del sujeto provocado se fundamenta “*en el principio «venire contra factum proprium», que determina la caducidad de la acción penal cuando es el propio Estado, a través de sus órganos de persecución del delito el que ha generado la decisión del acusado de participar en el mismo*”.

¹²⁵⁹ Sobre la conexión entre la *Verwirkung* y el *venire contra factum* vid. DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 153 y ss. También DíEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 418.

¹²⁶⁰ KATZORKE, *Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*, cit., pág. 15, con referencias a las sentencias que aluden a esta figura.

¹²⁶¹ Sobre el estrecho parentesco entre el *estoppel* y el *venire contra factum* vid. DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., págs. 125 y ss.

¹²⁶² En *Sorrels v. U.S.*, 287 U.S. 435 (1932), el Tribunal Supremo americano emplea la terminología propia del *estoppel* a la hora de fundamentar el *entrapment*, haciendo una analogía con el proceso civil. En este sentido CARLON, “*Entrapment, Punishment, and the Sadistic State*”, cit., pág. 1122, indicando que, además, numerosas resoluciones de tribunales estatales norteamericanos hacen referencia a esta misma idea. También DUFF, *Answering for Crime*, pág. 183; EL MISMO, *Sobre el castigo*, pág. 82, recurre a esta institución para tratar de fundamentar la impunidad del sujeto provocado.

diferencias terminológicas, todas estas referencias — *venire contra factum*, *Verwirkung* y *estoppel*— aluden a una misma doctrina de origen civilista cuyo contenido, en esencia, consiste en negar la legitimidad de una pretensión contradictoria con la conducta del sujeto que la formula. Esta es, la *doctrina de los actos propios*.

En todo caso, para delimitar con una mínima precisión las consecuencias que comporta este argumento deben responderse dos preguntas que no son, en absoluto, evidentes. En primer lugar, debe aclararse por qué resulta *contradictorio* castigar una infracción provocada por las propias autoridades del Estado. En segundo término, debe especificarse por qué dicha contradicción torna *ilegítimo* el castigo del sujeto provocado. Únicamente solventando estas dos cuestiones podrá delimitarse el ámbito que debe abarcar la impunidad del sujeto provocado. Al fin y al cabo, dicha delimitación se corresponderá con el contenido de la contradicción que impide sancionar legítimamente una infracción. Teniendo en cuenta que todas las expresiones de este argumento aluden a la doctrina civilista de los actos propios, el análisis de esta institución constituye un buen punto de partida para tratar de responder las dos preguntas planteadas.

1. Una referencia común: la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios es una construcción jurisprudencial¹²⁶³, desarrollada en el ámbito civil, que niega la legitimidad del ejercicio de un derecho en situaciones en que este resulta contradictorio con la conducta anterior del sujeto que pretende hacerlo valer¹²⁶⁴. El anclaje legal de esta doctrina se encuentra en el principio de *buena fe* objetiva (arts. 7.1 CC y 11.1 LOPJ)¹²⁶⁵. Tal y como indica DIEZ-PICAZO, “una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente (...) La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe”¹²⁶⁶. El ejercicio de un derecho en las circunstancias que delimita esta doctrina constituye, en todo caso, un *abuso de derecho* (arts. 7.2 CC y 11.2 LOPJ)¹²⁶⁷. De este modo, la doctrina de los actos propios representa una concreción de las exigencias derivadas de la buena fe cuya infracción comporta la ilegitimidad del ejercicio de un derecho por suponer un abuso del mismo.

¹²⁶³ No obstante, en el Código civil catalán esta doctrina se encuentra expresamente positivada en su art. 111-8: “Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual”.

¹²⁶⁴ DIEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 418.

¹²⁶⁵ PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 157, sintetiza de modo muy ilustrativo la diferencia entre la buena objetiva y la subjetiva: “las palabras «buena fe» pueden ser entendidas en dos sentidos, subjetivo y objetivo. El primero se refiere a la intención con que obran las personas o a la convicción con que lo hacen, como al decir el Código que es poseedor de buena fe el que ignora que en su título o modo de adquirir exista un vicio que lo invalide (...) El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. En sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Así ocurre cuando se dice que los contratos, además de los efectos expresamente pactados producen las consecuencias que sean conformes a la buena fe (art. 1.258 C.c). En el primer supuesto se trata de un estado subjetivo que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. En el segundo caso, en cambio, se trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio objetivo de valoración fundado en las reglas objetivas de conducta en las relaciones sociales”. En todo caso, el anclaje legal de la doctrina de los actos propios se encuentra en la buena fe objetiva, y no en la subjetiva. Más ampliamente sobre esta distinción, NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 304; TUR FAÚNDEZ, *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 28.

¹²⁶⁶ DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., págs. 202 y 203. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, *La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, pág. 102; LÓPEZ MESA/ROGEL VIDE, *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005, pág. 71; PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2013, pág. 126.

¹²⁶⁷ DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., págs. 152 y 200. En realidad, tal y como indica NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pág. 295, cualquier ejercicio de un derecho contrario a la buena fe (objetiva) constituye un abuso de derecho, pues la buena fe “definirá cuáles sean los «límites normales» del ejercicio del derecho”.

Tradicionalmente se ha vinculado el fundamento de la doctrina de los actos propios con la *protección de la confianza*¹²⁶⁸. De acuerdo con este fundamento, ejercer un derecho de forma contradictoria con una conducta anterior resultaría ilegítimo porque defraudaría la confianza que esta última ha generado en la contraparte¹²⁶⁹. De este modo, la contradicción que delimitaría el alcance de esta doctrina iría referida, por un lado, a un acto que genera expectativas fundadas de que no se ejercerá un derecho y, por el otro, al ejercicio de dicho derecho¹²⁷⁰. La protección de la confianza impondría “*un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia*”¹²⁷¹. En consecuencia, el ejercicio de un derecho sería contradictorio con la conducta anterior de su titular —y, por tanto, ilegítimo en virtud de la doctrina de los actos propios— *en tanto que esta sea idónea para suscitar en la contraparte una expectativa fundada de que no se ejercerá*.

Resulta interesante destacar que esta misma noción de contradicción fundamenta una institución jurídico-penal norteamericana denominada, no por casualidad, *entrapment by estoppel*¹²⁷². Esta figura comporta la impunidad de quien realiza una conducta penalmente prohibida creyendo erróneamente que se encuentra permitida *porque un funcionario público le ha inducido a confiar en ello*¹²⁷³. De acuerdo con esta doctrina, el Estado no podría castigar legítimamente la conducta prohibida porque, al hacerlo, incurriría en contradicción con sus propios actos. Dicha contradicción iría referida, por un lado, a la actuación de un funcionario que genera expectativas fundadas de que una conducta no

¹²⁶⁸ Las SSTs —Sala 1ª— 119/2013, de 12-3; 301/2016, de 5-5; 530/2016, de 13-9; 260/2018, de 26-4, sostienen expresamente que “*la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura*”. Vid. también DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 202.

¹²⁶⁹ En este sentido, la STS —Sala 1ª— 291/2006, de 21-4, afirma que “*quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real*”.

¹²⁷⁰ Así, por ejemplo, quien acepta durante cuatro años el pago de un préstamo que debía entenderse vencido de forma anticipada —creando de este modo la expectativa de que el contrato seguía vigente— no podría ejercer legítimamente su derecho al vencimiento anticipado por incurrir en una contradicción con sus propios actos al hacerlo (STS —Sala 1ª— 260/2018, de 26-4). Del mismo modo, tal y como indica DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 203, la reclamación de un préstamo el día de su vencimiento sería contradictoria con la promesa del acreedor de conceder al deudor un término de cortesía. Vid. un ejemplo muy parecido (referido al *estoppel*) en DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 81.

¹²⁷¹ SSTs —Sala 1ª— 333/2004, de 10-5; 752/2005, de 14-10; 1/2009, de 28-1.

¹²⁷² YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., pág. 21; CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1122.

¹²⁷³ En el *Model Penal Code* esta figura comparte ubicación con el *entrapment* y presupone la actuación de un funcionario que realiza “*conscientemente actos o afirmaciones con la intención de inducir la creencia de que tal conducta no está prohibida*”. *Model Penal Code* § 2.13.3 (1985). Traducción literal tomada de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, cit., pág. 245.

será castigada —por encontrarse permitida— y, por el otro, al castigo de esa conducta. En estos casos, la protección de la confianza que deben generar las actuaciones estatales impediría sancionar a quien, en base a ellas, ha creído erróneamente que su conducta se encontraba permitida.

Obviamente, una institución de esta naturaleza solo tiene sentido en los sistemas jurídicos —como el norteamericano— que niegan cualquier relevancia jurídico-penal al *error de prohibición*. En ordenamientos jurídicos como el nuestro, el conocimiento (potencial) de la ilicitud del hecho constituye un presupuesto del delito y, por tanto, una doctrina de estas características resulta superflua. Al fin y al cabo, la creencia errónea sobre la licitud del hecho comporta la impunidad del sujeto que la realiza —o, en su defecto, la atenuación de la pena— con independencia de que dicha creencia provenga (o no) de la indicación de un funcionario (art. 14.3 CP)¹²⁷⁴. Por ello, la confianza que haya podido generar la actuación del Estado sobre la licitud de un comportamiento no pondrá en entredicho su legitimidad para castigar una conducta delictiva sino que, directamente, negará el carácter delictivo de la misma¹²⁷⁵. En términos civilistas: resulta superfluo cuestionar la legitimidad del ejercicio de un derecho (la pena) en base a una actuación contradictoria que, a su vez, niega el presupuesto de su existencia (el delito).

En todo caso, esta noción de contradicción basada en la confianza no puede fundamentar la impunidad del sujeto provocado. Las únicas provocaciones que podrían generar en el sujeto provocado la expectativa legítima de que el Estado se comportará de forma coherente —y, por tanto, no lo castigará— son aquellas en que funcionarios *identificados como tales* le hagan creer (erróneamente) que su conducta está permitida. Es decir, las mismas que delimita la doctrina del *entrapment by estoppel*. No obstante, en tanto que

¹²⁷⁴ El hecho de que la creencia errónea provenga de indicaciones realizadas por instancias oficiales puede ser tenido en cuenta a la hora de valorar la vencibilidad o invencibilidad del error pero, en todo caso, no constituye una condición necesaria para aplicar el art. 14.3 CP. Vid. entre otros FELIP I SABORIT, *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pág. 252; OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Las Rozas, 2007, pág. 184; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El error de prohibición”, cit., pág. 1074.

¹²⁷⁵ Al hilo de una crítica a la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito sancionador tributario, SESMA SÁNCHEZ, “La doctrina de los actos propios en el ámbito sancionador tributario”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Civitas, Cizur Menor, 2018, págs. 274 y 278, llega a esta misma conclusión respecto a las infracciones tributarias cuya realización haya sido inducida por una actuación administrativa que haya generado una confianza legítima en su licitud. Así, esta autora sostiene expresamente que “en la mayoría de supuestos en los que podría tener cabida esta doctrina, no es que el sujeto infractor no merezca ser sancionado porque ha cometido una infracción amparándose en un acto o actuación administrativa que le infundió la confianza legítima de que estaba obrando correctamente, sino que precisamente por confiar en ese acto, criterio o conducta administrativa no cabe apreciar culpabilidad o negligencia alguna en su comportamiento”. En consecuencia, afirma que la doctrina de los actos propios resulta superflua en este ámbito por constituir una simple “reformulación del principio de culpabilidad que prohíbe a sancionabilidad de conductas realizadas de buena fe porque se ampararon en criterios o actuaciones administrativas que indujeron al obligado tributario a considerar su cumplimiento diligente”.

esta clase de provocaciones conllevarían que el sujeto provocado actúe en *error de prohibición* (art. 14.3 CP), negar la legitimidad del Estado para sancionarlo en virtud de la doctrina de los actos propios resultaría completamente estéril: se estaría negando la legitimidad del Estado para castigar una conducta que no tiene carácter delictivo. En cambio, todas aquellas provocaciones realizadas por funcionarios *que no se identifican como tales* —por ejemplo, un policía de incógnito— deberían conllevar el castigo del sujeto provocado. A fin de cuentas, el engaño acerca de su identidad impedirá que el sujeto provocado pueda tener expectativas legítimas de que el Estado se comporte coherentemente y no lo castigue¹²⁷⁶. En estos casos, la protección de la confianza que deben generar las actuaciones estatales no podrá fundamentar la impunidad del sujeto provocado, simplemente, porque la actuación estatal no habrá generado ninguna clase de confianza en dicha impunidad. En definitiva, una noción de contradicción referida, por un lado, a la actuación de un funcionario que genere expectativas legítimas de que un comportamiento no será castigado y, por el otro, al castigo de dicho comportamiento, *no puede fundamentar la impunidad del sujeto provocado por ninguna conducta delictiva*.

Ahora bien, resulta interesante poner de manifiesto que esta noción de contradicción no es la única que puede explicar la doctrina de los actos propios. Aunque el origen de esta doctrina se encuentra estrechamente vinculado al Derecho civil y a la protección de la confianza¹²⁷⁷, su desarrollo posterior ha ampliado su ámbito de aplicación a otros sectores del Derecho y, simultáneamente, ha desligado su fundamento de la protección de la confianza. En particular, su traslación al ámbito del Derecho público ha comportado “*un proceso de objetivización*” de esta doctrina que “*deja de lado la perspectiva de la generación de confianzas en un tercero*”¹²⁷⁸. Tal y como indica DÍEZ SASTRE, la jurisprudencia administrativa que aplica la doctrina de los actos propios no toma en consideración “*la idoneidad de la conducta administrativa para generar confianza en un particular*” ni tampoco “*la existencia efectiva de esa confianza*”¹²⁷⁹. Obviamente, al prescindir de esta exigencia, el contenido de la doctrina de los actos propios no puede fundamentarse en la protección de la confianza. Una actuación estatal contradictoria no

¹²⁷⁶ SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, cit., pág. 823; ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, cit., pág. 432.

¹²⁷⁷ No obstante, KATZORKE, *Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*, cit., pág. 78, sostiene que, incluso en el ámbito civil, la doctrina de los actos propios no se vincula necesariamente a la protección de la confianza. En el mismo sentido, BRUNS, “Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiges Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel“, NSTZ, núm. 2, 1983, pág. 54.

¹²⁷⁸ DÍEZ SASTRE, “La doctrina de los actos propios en el Derecho administrativo”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Civitas, Cizur Menor, 2018, págs. 40 y 49.

¹²⁷⁹ *Ibidem*, pág. 45.

puede ser ilegítima por defraudar la confianza del afectado *cuando no ha generado ninguna confianza en él*. La razón por la que dicha contradicción torna ilegítima la actuación estatal debería ser, necesariamente, otra distinta. No obstante, ni la jurisprudencia ni la doctrina han identificado “*cuáles son los verdaderos fundamentos normativos que justifican que, en un determinado caso, se prohíba a la Administración actuar en contra de la conducta expresada con anterioridad*”¹²⁸⁰. Más allá de algunas referencias un tanto tautológicas a una “*exigencia de coherencia*”¹²⁸¹ en la actuación del Estado —que únicamente definen la contradicción, pero no explican su ilegitimidad¹²⁸²— no se ha ofrecido ninguna razón que permita fundamentar el contenido de la doctrina de los actos propios en el Derecho público. Por ello, alguna autora ha afirmado expresamente que esta doctrina tiene “*un valor puramente tópico*”¹²⁸³.

DÍEZ SASTRE achaca el alto grado de aceptación de la doctrina de los actos propios —tanto en el Derecho privado como en el público— a la capacidad de persuasión que evoca la idea de que no cabe contradecir la propia conducta¹²⁸⁴. No obstante, advierte que “*la nula densidad dogmática de esta doctrina*” impide derivar de ella un catálogo de exigencias que delimiten con una mínima precisión su contenido¹²⁸⁵. En este sentido, critica que la jurisprudencia aluda a ella de forma muy imprecisa y, casi siempre, a modo de complemento de otros argumentos¹²⁸⁶. Además, señala que esta doctrina no constituye “*una regla, ni un principio, ni un concepto que pueda incardinarse en un marco sistemático superior*”¹²⁸⁷. Por todo ello, concluye que la doctrina de los actos propios debe ser entendida, simplemente, como un tópico¹²⁸⁸. Es decir, como una herramienta que sirve para

¹²⁸⁰ *Ibidem*, pág. 42.

¹²⁸¹ MARÍN-BARNUEVO FABO, “Las especialidades del Derecho tributario y su proyección en la aplicación de la doctrina de los actos propios”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pág. 101.

¹²⁸² Una conducta contradictoria es, por definición, incoherente. Por ello, sostener que una actuación contradictoria es ilegítima por infringir una exigencia de coherencia resulta tautológico. Ante una afirmación de estas características surge inmediatamente la pregunta de ¿por qué una actuación legítima debe ser coherente?

¹²⁸³ DÍEZ SASTRE, “La doctrina de los actos propios en el Derecho administrativo”, cit., pág. 34.

¹²⁸⁴ *Ibidem*, pág. 33.

¹²⁸⁵ *Ibidem*, pág. 34.

¹²⁸⁶ *Ibidem*. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, RAP, núm. 20, 1956, pág. 72, concluyendo que “*la utilización del principio de los actos propios es un caso inconfundible, y verdaderamente ejemplar, de la famosa «huida a la cláusula general» que caracterizó clásicamente HEDEMANN como una abdicación de la genuina función discernidora de los juristas*”.

¹²⁸⁷ DÍEZ SASTRE, “La doctrina de los actos propios en el Derecho administrativo”, cit., págs. 37 y 63, afirmando que su contenido “*no es el propio de un principio general del Derecho. No contiene una máxima de optimización. Tampoco lo es el de una regla. No impone un deber general y absoluto de no ir contra los propios actos. Se trata de un aforismo que ha sobrevivido con éxito a lo largo de los siglos sin un anclaje claro en un ordenamiento jurídico moderno*”.

¹²⁸⁸ *Ibidem*, pág. 65, indicando que la “*tópica es una forma de pensamiento orientada a los problemas. Se apoya en los tópicos, que constituyen puntos de vista universalmente aceptables. Son enunciados*

identificar supuestos problemáticos que plantean tensiones entre dos conductas atribuibles a un mismo sujeto.

De todos modos, aunque la doctrina de los actos propios no pueda fundamentar la ilegitimidad de una actuación estatal contradictoria —al menos, sin recurrir a la protección de la confianza— sí que permite identificar la *estructura* de una contradicción que, en esencia, se corresponde con una institución jurídico-penal que goza de expreso reconocimiento legal. Dicha estructura se caracteriza por la naturaleza de los dos actos que se contraponen: *ambos resultan lícitos por sí mismos*. En este sentido, la jurisprudencia reconoce de forma unánime que “*un acto propio contrario a derecho no es idóneo para activar la prohibición de ir contra los propios actos*”¹²⁸⁹. Es decir, que la contradicción que delimita la doctrina de los actos propios presupone una conducta lícita que impide realizar posteriormente otra conducta (*prima facie*) lícita en base a su incompatibilidad con la primera. Teniendo en cuenta que la *provocación a la agresión* (art. 20.4º tercero CP) tiene esta misma estructura, su análisis resulta una tarea ineludible para tratar de fundamentar la ilegitimidad de esta clase de contradicciones y, en última instancia, dotar de contenido al argumento de la legitimidad.

verosímiles, plausibles, generalmente aceptados o probables, que se emplean para discutir opiniones y llegar a la verdad”. Más ampliamente sobre la tópica como método jurídico, GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 4, 1987, págs. 162 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., págs. 78 y ss.

¹²⁸⁹ DÍEZ SASTRE, “La doctrina de los actos propios en el Derecho administrativo”, cit., pág. 52, con abundantes referencias jurisprudenciales del ámbito administrativo. También, SÁNCHEZ MORÓN, “Venire contra factum proprium non valet”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2003, pág. 243. Respecto al ámbito civil, DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 174.

2. Una analogía estructural: la provocación a la agresión en la legítima defensa

La estructura que delimita la doctrina de los actos propios se caracteriza por la concurrencia sucesiva de dos conductas *lícitas por sí mismas* cuya incompatibilidad niega la legitimidad de la segunda. A continuación, se pondrá de manifiesto que esta misma estructura puede identificarse en el art. 20.4º tercero CP. Es decir, en la denominada *provocación a la agresión*¹²⁹⁰. Una vez se hayan aclarado los contornos de esta institución, se analizará su fundamento. Esto es, la razón por la cual una “*provocación suficiente por parte del defensor*” impide apreciar una eximente (completa) de legítima defensa¹²⁹¹. Finalmente, se tratará de establecer algún paralelismo entre dicho fundamento y el argumento de la legitimidad.

2.1. Los límites de la provocación a la agresión

El art. 20.4º tercero CP contiene un elemento negativo de la legítima defensa. De acuerdo con este precepto, la “*provocación suficiente por parte del defensor*” excluye la legitimidad de su defensa. Existe consenso doctrinal en que la provocación a la agresión debe generar un riesgo relevante —objetiva y subjetivamente imputable al defensor¹²⁹²—

¹²⁹⁰ En ocasiones la doctrina se refiere a esta figura como “provocación de la legítima defensa” o “provocación de la defensa”. Así, por ejemplo, RIGGI, *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 54, y SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 219. No obstante, tal y como indica WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 426, nota 795, dicha “*designación es incorrecta: provocación a la legítima defensa constituye un modo de designar una relación entre provocación y acción defensiva. Es obvio, sin embargo, que todo caso de legítima defensa es, en algún sentido, provocado: la agresión siempre es una provocación a la defensa. Lo que se discute bajo la rúbrica (incorrecta) de provocación a la legítima defensa es precisamente la situación contraria, a saber, que la agresión sea provocada por el sujeto que luego actúa en una al menos aparente legítima defensa*”. Por ello, resulta preferible la denominación por la que se ha optado en el texto de “provocación a la agresión”.

¹²⁹¹ En la doctrina se discute la posibilidad de apreciar una eximente incompleta en estos casos. Obviamente, ello depende de si el requisito del art. 20.4º tercero CP se entiende como esencial (o no) a la legítima defensa. Estiman que se trata de un requisito inesencial, entre otros, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999, págs. 455 y 472; MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, RJUAM, núm. 25, 2012, pág. 40; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 456, aunque también parecen excluir la eximente incompleta ante las provocaciones intencionales. En cambio, para PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 358, se trata de un requisito esencial que “*hace a la existencia misma de la eximente, pues si el agredido provocó el ataque deja de tener derecho a la legítima defensa aunque pueda actuar de manera justificada a través del estado de necesidad defensivo*”. En todo caso, lo que aquí interesa es determinar por qué la provocación a la agresión restringe los derechos defensivos de quien la lleva a cabo —negando su plena justificación por legítima defensa— y no las consecuencias que ello deba comportar (eximente incompleta, estado de necesidad, etc.).

¹²⁹² Tal y como indica IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 453, la imputación subjetiva de dicho riesgo puede ser a título de “dolo” o “imprudencia”. No obstante, los términos “dolo” e “imprudencia” se emplean en este ámbito de forma impropia, pues no van referidos

de que se produzca la agresión ilegítima¹²⁹³. No obstante, dicho consenso desaparece a la hora de determinar si el riesgo creado debe ser ilícito. Es decir, si la provocación a la agresión debe constituir (o no) una conducta antijurídica¹²⁹⁴. Obviamente, resultaría absurdo exigir que la provocación a la agresión constituya, en sí misma, una agresión ilegítima, pues ello supondría vaciar de contenido la previsión del art. 20.4º tercero CP¹²⁹⁵. Al fin y al cabo, las agresiones ilegítimas justifican la reacción defensiva del sujeto al que se dirigen y, por tanto, niegan automáticamente la posibilidad de actuar en legítima defensa contra dicha reacción —pues no cabe “*legítima defensa frente a la legítima defensa*”¹²⁹⁶— sin necesidad de acudir al art. 20.4º tercero CP. Tal y como indica su propia denominación, *la provocación a la agresión presupone una agresión (ilegítima) del provocado* y, por ello, circunscribe su ámbito aplicativo a las conductas que no justifican su reacción. La cuestión objeto de discusión es si dichas conductas —que privan al provocador de sus derechos defensivos sin otorgar al provocado derecho a atacar¹²⁹⁷— deben ser, o no, necesariamente antijurídicas. Esto es, si deben constituir infracciones

a los elementos del tipo objetivo, sino al presupuesto (negativo) de una causa de justificación. En todo caso, aquí me centraré únicamente en la provocación a la agresión “dolosa” o, mejor, intencional.

¹²⁹³ MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 40, equipara el riesgo que debe generar la provocación a la agresión al propio de las conductas de participación. De este modo, abarcaría “*los actos de inducción, cuando se hace nacer en el agresor la voluntad de realizar el hecho, y los de complicidad, cuando la iniciativa no procede del provocador, pero con su acción se contribuye de manera relevante a consolidar la intención agresiva*”. De todas formas, los términos “inducción” y “complicidad” también se emplean aquí de forma impropia pues, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la mera incitación o contribución a una agresión contra bienes jurídicos propios resulta atípica y, por tanto, no puede constituir una conducta (típica) de inducción o complicidad. Vid. *supra* el apartado 1.2.4 del capítulo V.

¹²⁹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 457, indica que en la doctrina “*se discute si basta para excluir el derecho a la defensa que la provocación sea inmoral o contraria a las normas sociales*”, sosteniendo que “*parece preferible la opinión que lo niega y exige que la provocación sea antijurídica*”, pero admitiendo, a renglón seguido, dudas al respecto. Se posicionan expresamente a favor de exigir que la provocación a la agresión sea antijurídica, VALLE MUÑIZ, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, ADPCP, núm. 45, 1992, pág. 585; PALERMO, *La legítima defensa*, cit., pág. 359; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 640; MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 39. En contra de esta exigencia, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 485; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2002, pág. 568; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 433.

¹²⁹⁵ En este sentido, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 450; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pág. 565; RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 184; SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 219; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 433; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 456.

¹²⁹⁶ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit., págs. 276 y 277, indicando que “*comportaría una contradicción intrasistemática el que el Ordenamiento Jurídico otorgara una causa de justificación para amparar un primer comportamiento penalmente lesivo y que diera después conformidad a Derecho a un eventual segundo comportamiento de oposición al primero*”.

¹²⁹⁷ FERZAN, “Provocateurs”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, pág. 599.

penales —por ejemplo, injurias, calumnias o lesiones ya consumadas¹²⁹⁸— o esto último resulta irrelevante. Creo que el siguiente ejemplo puede contribuir a poner de manifiesto que exigir lo primero resulta inasumible y que, por tanto, la respuesta correcta debe ser la segunda:

A través de una persona interpuesta —o una misiva— Juan hace llegar a Pedro una oferta para matar a un sujeto a cambio de varios millones de euros. Sin embargo, Pedro desconoce que la persona a la que debe matar para obtener dicha recompensa es, en realidad, el propio Juan. Este último ha ocultado expresamente su identidad al hacerle llegar la oferta para pillarlo desprevenido y, cuando trate de dispararle para cobrar la recompensa, poder matarlo en legítima defensa. Finalmente, tal como tenía previsto, Juan mata a Pedro en el momento en que este le apuntaba con su arma y ya no existía ninguna otra opción de evitar el tiro. En este caso, la incitación mediante la cual Juan ha conseguido que Pedro realice una tentativa de homicidio resulta atípica —es decir, no constituye una inducción— porque el bien jurídico atacado es titularidad del propio Juan¹²⁹⁹. De este modo, su actuación engañosa encaminada a lograr que Pedro lleve a cabo una agresión ilegítima no resulta antijurídica. Por ello, la exigencia de que las provocaciones a la agresión sean necesariamente antijurídicas obligaría a negar que, en este supuesto, la conducta de Juan constituya una provocación a la agresión. La consecuencia que ello comportaría es especialmente cruda: Juan se saldría con la suya y lograría matar a Pedro impunemente, pues el tipo de homicidio (consumado) que ha realizado quedaría justificado en virtud de una eximente completa de legítima defensa. Pues bien, si esto último se estima inasumible —como efectivamente lo es— necesariamente deberá admitirse que las

¹²⁹⁸ Esta clase de conductas resultan antijurídicas pero no constituyen agresiones ilegítimas en el sentido del art. 20.4º primero CP porque, al ya estar consumadas, no ponen “*en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes*” los bienes del sujeto pasivo. RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 189, parece no advertir esto último cuando, al hilo de una crítica a la postura de C. ROXIN, afirma que “*si el provocador, debido a la provocación, obra antijurídicamente, luego, no se entiende por qué la conducta del provocado, que repele la provocación, también debería serlo. En efecto, lo lógico sería que la reacción del provocado estuviera cubierta por la legítima defensa; se estaría defendiendo de una agresión antijurídica —la provocación—. La postura de ROXIN parece incurrir, en atención a lo expuesto, en una contradicción insalvable*”. En este razonamiento RIGGI pasa por alto que las agresiones ilegítimas, además de ser antijurídicas, deben ser *actuales*. Por ello, no repara en la posibilidad de que una provocación a la agresión sea antijurídica y, a su vez, no constituya una agresión ilegítima.

¹²⁹⁹ Del mismo modo que Juan no puede ser autor de una tentativa de homicidio contra sí mismo —pues esta implica intentar matar “a otro”— ni de una tentativa de su propio suicidio —dado que esta conducta es atípica— tampoco puede ser partícipe de lo uno ni de lo otro. Vid. *supra* el apartado 1.2.4 del capítulo V. El tipo de tentativa que ha realizado Pedro pretende proteger a Juan y, por ello, Juan nunca podrá responder como inductor del mismo. MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 42 parece no reparar en esto cuando afirma que, en los casos de “*provocador que es agredido pero no defensor (...) el tercero actúa de manera lícita al defender al provocador (...) y a la vez el provocador, al haber originado la situación de conflicto, responde como inductor o cómplice de la tentativa del agresor*”. En el supuesto que plantea MOLINA FERNÁNDEZ el provocador podría llegar a responder como autor mediato (por instrumento justificado) de la lesión o muerte del agresor, pero no como inductor de la agresión contra sí mismo. Lo contrario supondría asumir los postulados de las teorías de la corrupción. Vid. *supra* el apartado 1.1.1 del capítulo V.

provocaciones a la agresión no tienen por qué ser antijurídicas. Es decir, que las conductas atípicas que generen un riesgo relevante de que se produzca una agresión ilegítima también pueden negar la legitimidad de la posterior reacción defensiva. De esta forma, no habría ningún obstáculo para estimar que la incitación de Juan constituye una “*provocación suficiente por parte del defensor*” (art. 20.4º tercero CP) y que, por tanto, el tipo de homicidio que ha llevado a cabo no puede quedar justificado, al menos, en virtud de una eximente completa de legítima defensa.

Desde mi punto de vista, los supuestos en que alguien incita o favorece su propia agresión mediante un engaño —aunque no solo estos¹³⁰⁰— ponen de relieve la necesidad de reconocer que *las conductas atípicas también pueden constituir provocaciones a la agresión*. Es decir, que una “*provocación suficiente por parte del defensor*” (art. 20.4º tercero CP) no debe ser necesariamente antijurídica. Ahora bien, admitir esto último no implica sostener que todas las conductas que generen un riesgo relevante —objetiva y subjetivamente imputable al defensor— de que se produzca la agresión ilegítima nieguen el derecho a la legítima defensa. En efecto, algunas conductas atípicas que originen dicho riesgo no constituirán provocaciones a la agresión y, por tanto, permitirán ejercer la legítima defensa. Tal y como indica C. ROXIN, no se producirá “*ninguna restricción de la legítima defensa si la conducta que origina la agresión está requerida jurídicamente, justificada, o al menos es impecable ético-socialmente*”¹³⁰¹. De este modo, la justificación de una conducta (típica o atípica) que incite o contribuya a la realización de una agresión ilegítima permitirá defenderse legítimamente de ella. Así, por ejemplo:

1) Tras descubrir al amante en el domicilio conyugal, el marido le dice que salga inmediatamente de allí y que no vuelva o, de lo contrario, le agredirá. El amante abandona la casa sin advertir que, con las prisas, se le ha caído del bolsillo su medicación delante de la puerta. Debido a la imperiosa necesidad de recuperar dicha medicación — pues su vida depende de ello y no puede conseguir otra igual hasta que transcurran varios días—

¹³⁰⁰ FERZAN, “Provocateurs”, cit., pág. 598, plantea otro ejemplo especialmente gráfico de comportamiento atípico que, sin duda, debería negar los derechos defensivos del sujeto que lo realiza: *en el funeral de un líder negro por los derechos civiles, un supremacista blanco empieza a gritar epítetos racistas no amenazantes con el objetivo de que los asistentes traten de agredirlo y, de este modo, poder matarlos o lesionarlos en legítima defensa*. También resulta ilustrativo el supuesto mediante el que MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 457, expresa sus dudas respecto a la posición doctrinal que exige antijuridicidad en las provocaciones a la agresión: “*el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra él ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que éste incluso se ha procurado una pistola para hacerlas efectivas llegado el caso, le espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defenderse; el marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese defendido matándole antes*”.

¹³⁰¹ C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 643. De todos modos, actualmente este autor requiere, en todo caso, que la provocación a la agresión sea antijurídica. Anteriormente había sostenido la postura contraria en C. ROXIN, “Die provozierte Notwehrlage”, ZStW, núm. 75, 1963, pág. 558.

el amante regresa a los alrededores del domicilio al cabo de media hora, sabiendo que con toda probabilidad ello comportará que el marido intente cumplir su amenaza. Al verlo, el marido trata de agredirlo sin mediar palabra y, ante la ausencia de alternativas, el amante lo lesiona para evitar la agresión; 2) Un terrorista amenaza a Bruce con hacer explotar una bomba en un lugar muy concurrido si no sigue sus órdenes y realiza una serie de pruebas macabras. La primera de ellas consiste en pasear por un barrio de Harlem con un cartel que reza “odio a las personas negras”. Bruce accede a dicha exigencia previendo que alguien trate de agredirlo. Tras varios minutos, un vecino enfurecido por el cartel intenta atacarlo y, ante ello, Bruce lo lesiona para defenderse¹³⁰². Tanto el amante como Bruce han llevado a cabo conductas atípicas —acudir a los alrededores del domicilio conyugal o pasear con un cartel cuyo contenido no es delictivo— que han generado un riesgo elevado (objetiva y subjetivamente imputable) de que se produzca una agresión ilegítima. Si dichas conductas no hubieran estado motivadas por la necesidad de evitar un mal mayor —la muerte del propio amante o la explosión de la bomba controlada por el terrorista— su realización podría negar la legitimidad de la posterior defensa. Sin embargo, la justificación de ambos comportamientos impedirá calificarlos como provocaciones a la agresión y, por tanto, permitirá el ulterior ejercicio de la legítima defensa (completa). En consecuencia, ni el amante ni Bruce deberán ser castigados por las lesiones que han ocasionado a sus respectivos agresores¹³⁰³.

Así pues, el riesgo propio de una provocación a la agresión, además de resultar objetiva y subjetivamente imputable, debe ser *injustificado*¹³⁰⁴. De esta forma, con independencia de su tipicidad o atipicidad, la conducta que incite o contribuya a la realización de una agresión ilegítima *no deberá encontrarse justificada* para constituir una provocación a la agresión. En consecuencia, ni los comportamientos *atípicos justificados* ni los *típicos*

¹³⁰² Supuesto inspirado en la película “La jungla de cristal 3”.

¹³⁰³ FERZAN, “Provocateurs”, cit., pág. 618, propone el siguiente ejemplo de conducta justificada que, pese a favorecer efectivamente una agresión ilegítima, permitiría ejercer posteriormente la legítima defensa: *En un ataque de celos, el marido amenaza a su mujer con dispararle si sale de casa para ir a ver a sus amigos. A pesar de ser consciente de la seriedad de su amenaza, la mujer abre la puerta del domicilio y se desplaza unos pocos metros hasta que, tal y como había previsto, el marido sale tras ella con intención de matarla. Un instante antes de que el marido apriete el gatillo, la mujer le dispara a él acabando así con su vida.* Aunque en este caso podría cuestionarse directamente que la conducta atípica de la mujer constituya una “provocación suficiente” —por estimarse valorativamente neutra o socialmente adecuada— su derecho a la libertad ambulatoria negaría en todo caso cualquier restricción de sus derechos defensivos (lo contrario supondría obligarla *de facto* a obedecer a su marido y no salir de casa para evitar que este intente efectuar el disparo). Tal y como indica IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 481, ello ha de “*admitirse necesariamente como expresión de la libertad individual de acción y autorrealización humana, como manifestación de desarrollo normal de la convivencia social*”. También MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 457, apunta en esta dirección al sostener que “*no será ilícito, por ejemplo, no seguir la corriente al camorrista o no ceder a sus bravatas, aun sabiendo (o incluso deseándolo) que ello determinará a éste a agredir. Así se desprende del derecho a la libertad de expresión y de movimientos*”.

¹³⁰⁴ FERZAN, “Provocateurs”, cit., pág. 600.

justificados podrán ser calificados como tales. Solamente las conductas *atípicas no justificadas* y las *típicas no justificadas* (antijurídicas) podrán conformar provocaciones a la agresión y, por tanto, negar la legitimidad de la defensa posterior. Así, en última instancia, será la ausencia de justificación —y no la antijuridicidad— lo que determine la pérdida de derechos defensivos propia de la provocación a la agresión. Aunque dicha pérdida no se condicione a la antijuridicidad de la conducta que desencadena la agresión ilegítima, sí que dependerá de su *carácter injustificado*.

En definitiva, ni todos los comportamientos que generen un riesgo relevante de que se produzca una agresión ilegítima constituyen provocaciones a la agresión —pues aquellos que se encuentren justificados no pueden ser calificados como tales—, ni todas las provocaciones a la agresión deben ser antijurídicas. En tanto que las conductas *atípicas no justificadas* también pueden negar los derechos defensivos del sujeto que las realiza, *la antijuridicidad no puede ser considerada una condición necesaria de la provocación a la agresión*. En consecuencia, debido a su carácter contingente, la antijuridicidad no puede jugar ningún rol en la fundamentación de la provocación a la agresión¹³⁰⁵.

2.2. El fundamento de la provocación a la agresión

De acuerdo con las premisas expuestas, la provocación a la agresión tendría la misma estructura que delimita la doctrina de los actos propios. Dicha estructura presupondría una conducta lícita —la provocación a la agresión¹³⁰⁶— que impide realizar posteriormente otra conducta *prima facie* lícita —la defensa— en base a su incompatibilidad con la primera. De este modo, se caracterizaría por la concurrencia sucesiva de dos conductas lícitas cuya contradicción niega la legitimidad de la segunda. La cuestión que ahora interesa analizar es por qué lo uno lleva a lo otro. Es decir, *por qué provocar una agresión es incompatible con defenderse legítimamente de ella*. En última instancia, el fundamento de dicha incompatibilidad debería servir para dotar de contenido al argumento de la legitimidad y, de este modo, explicar por qué resulta contradictorio e ilegítimo que el Estado castigue una infracción provocada por sus propias autoridades.

¹³⁰⁵ Por este motivo, no puedo compartir la postura que sostiene MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 39, al afirmar que el art. 20.4º tercero CP “*es la plasmación expresa en la legítima defensa (...) de un principio clásico del derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia actuación antijurídica*”. Si este fuera el fundamento de la provocación a la agresión, la antijuridicidad de una conducta que contribuya a realizar una agresión ilegítima sería una condición necesaria para apreciar esta institución.

¹³⁰⁶ En rigor, la provocación a la agresión constituye una conducta que “no presupone ni excluye su ilicitud”. No obstante, en aras a la claridad expositiva, en el texto dichas conductas serán calificadas, simplemente, como “lícitas”. Al fin y al cabo, ello no modifica un ápice el análisis sobre su fundamento, pues lo relevante es que la antijuridicidad no juega ningún papel en él.

Esto es, por qué una conducta lícita —la provocación de un delito por parte de un funcionario¹³⁰⁷— puede negar la legitimidad de una conducta posterior —el castigo de dicho delito— que, *a priori*, reúne los requisitos que determinan su licitud (la concurrencia de un delito).

A la hora de fundamentar la figura de la provocación a la agresión, la doctrina suele tomar el siguiente punto de partida: “*quien, con su actuar previo, ha provocado la agresión de la que se defiende, no puede reclamar la justificación de su acto, en la medida en que él es corresponsable de la agresión ilícita que desemboca en la acción defensiva*”¹³⁰⁸. La idea clave sería que la provocación a la agresión determina la *corresponsabilidad* del provocador respecto de la agresión ilegítima y, precisamente, dicha corresponsabilidad niega la legitimidad de su posterior defensa¹³⁰⁹. De este modo, el fundamento de su ilicitud tendría que ver con la corresponsabilidad del defensor en el injusto del agresor que, por algún motivo, sería incompatible con la legítima defensa. Ahora bien, aunque esta idea resulta muy intuitiva, el fundamento que hay tras ella no es, para nada, evidente.

Normalmente, la corresponsabilidad en un injusto ajeno conlleva consecuencias distintas a las que delimita el art. 20.4º tercero CP. Por un lado, la corresponsabilidad de la *víctima* puede disminuir o excluir el injusto del autor debido a la imposibilidad de imputarle objetivamente el resultado lesivo¹³¹⁰. Por el otro, la corresponsabilidad de un *tercero* puede comportar su castigo como partícipe en el injusto del autor. Sin embargo, nada de esto ocurre en la provocación a la agresión. En primer lugar, la corresponsabilidad del provocador no disminuye o excluye el injusto del agresor. Dicha corresponsabilidad no impide imputar al agresor un resultado lesivo —pues su agresión constituye una tentativa—

¹³⁰⁷ De nuevo, la provocación de un delito por parte de un funcionario constituye una conducta “que no presupone ni excluye su ilicitud”. Sin embargo, una vez se determine la razón de su incompatibilidad con el castigo, podrá ponerse de manifiesto que —al contrario de lo que ocurre con las provocaciones a la agresión— su eventual antijuridicidad sí que juega un papel en la delimitación de su contenido. En cualquier caso, dicho papel no tiene que ver con su fundamento, sino con una peculiaridad del ente que se contradice (el Estado) que no puede predicarse de una persona física que lleve a cabo una provocación a la agresión.

¹³⁰⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 39.

¹³⁰⁹ En este sentido, PALERMO, *La legítima defensa*, cit., pág. 349; SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 219; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 434.

¹³¹⁰ En los delitos dolosos, la corresponsabilidad de la víctima en la producción del resultado puede negar su imputación (objetiva) al autor y, de este modo, limitar su castigo a la tentativa correspondiente. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en los delitos de estafa. Así, tal y como indica, SILVA SÁNCHEZ, “La víctima-dogmática en el Derecho español”, en *Victimología*, Universidad del País Vasco, Donostia, 1990, pág. 198, “*si concurre ex ante un engaño bastante para producir error, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, podrá afirmarse la existencia de tentativa (...) pero no de un delito consumado de estafa*”. En cambio, en los delitos imprudentes no cabe la tentativa y, por tanto, dicha corresponsabilidad, o bien excluirá el injusto, o bien degradará la imprudencia (de “grave” a “menos grave”). Sobre la teoría de la “concurrencia de culpas” que permite esto último vid. SSTS 434/1992, de 29-2; 491/2002, de 18-3; SSAP Barcelona —sección 8ª— 208/2004, de 24-2; Valencia —sección 4ª— 186/2009, de 26-3.

ni justifica su conducta —de lo contrario no sería un agresor— ni presupone la concurrencia de circunstancia alguna que atenúe su responsabilidad¹³¹¹. Tampoco niega la necesidad de proteger al provocador de la agresión ilegítima pues, en última instancia, esta será sancionada en la misma medida que si no hubiera sido provocada¹³¹². En segundo lugar, la corresponsabilidad del provocador no permite sancionarlo como partícipe de una agresión que va dirigida contra sí mismo. Al fin y al cabo, el titular del bien jurídico protegido no puede responder, ni como autor ni como partícipe, por un delito que atenta contra él. En este sentido, *la corresponsabilidad del provocador niega la legitimidad de su defensa sin cuestionar el injusto del autor ni fundamentar su castigo como partícipe*.

¿Por qué quien es corresponsable de una agresión no puede defenderse legítimamente de ella? Pues bien, la doctrina suele emplear dos argumentos para fundamentar la ilicitud de la defensa en estos casos¹³¹³. En primer lugar, algunos autores sostienen que, mediante su defensa, el provocador realiza un “*ejercicio abusivo del derecho que la ley le confiere*”¹³¹⁴. De este modo, la corresponsabilidad en la agresión negaría la legitimidad del derecho a la defensa porque su ejercicio constituiría un abuso del mismo¹³¹⁵. Así, en última instancia, el fundamento de la provocación a la agresión se remitiría al propio del

¹³¹¹ La provocación a la agresión no presupone que el agresor actúe bajo “*arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*” (art. 21. 3ª CP) por la simple razón de que el art. 20.4º tercero CP no hace ninguna referencia a ello. El caso expuesto anteriormente en el que Juan engaña a Pedro para que intente matarlo a través de una recompensa constituye un buen ejemplo de provocación a la agresión que no implica alteración emocional alguna en el agresor. En este sentido, FERZAN, “Provocateurs”, cit., pág. 613, descarta que el fundamento de la provocación a la agresión tenga algo que ver con el estado pasional que puede generar en el autor, precisamente, porque dicho estado no constituye un requisito de la provocación a la agresión.

¹³¹² En este sentido, SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 219, advierte que “*mediante la corresponsabilidad no se limita la pena, sino que se restringe una causa de justificación*”. De este modo, pone de manifiesto que la provocación a la agresión no tiene la misma estructura que los supuestos de autopuesta o heteropuesta en peligro consentida.

¹³¹³ WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 427. En todo caso, aquí no se examinarán aquellas teorías que, recurriendo a la figura de la *actio illicita in causa* o la (auto)autoría mediata, sostienen que la defensa del provocador se encuentra justificada pero, al mismo tiempo, afirman que el resultado lesivo derivado de ella debe ser imputado al momento previo de la provocación. La razón por la que se omite este análisis es sencilla: de acuerdo con estas teorías, la provocación a la agresión no impide actuar en legítima defensa, sino que resulta sancionable por sí misma en tanto que le sean imputados los resultados lesivos derivados de la posterior conducta justificada. Por tanto, al presuponer que la defensa resulta legítima, no tratan de fundamentar su ilicitud y, por ello, no ofrecen una respuesta a la pregunta planteada en el texto que, en última instancia, pueda dotar de contenido al argumento de la legitimidad. Adviértase que este argumento trata de negar la legitimidad del castigo del sujeto provocado y no fundamentar la sanción del agente provocador estatal imputándole la pena (justificada) que recibe el primero. De todos modos, vid. las críticas que dirigen a estas teorías IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., págs. 466 y ss., y LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., págs. 591 y ss.

¹³¹⁴ RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 183.

¹³¹⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 351.

*abuso de derecho*¹³¹⁶. En segundo lugar, una parte de la literatura mantiene que el provocador no puede afirmar (o hacer prevalecer) el Derecho a través de su defensa y, por tanto, esta carece del *componente supraindividual* que la legitima¹³¹⁷. De acuerdo con esta postura, quien es corresponsable de la agresión “*no puede aparecer como representante y guardián del orden jurídico agredido*”¹³¹⁸ y, por ello, su reacción defensiva sería ilícita por no constituir una defensa del ordenamiento jurídico¹³¹⁹. De esta forma, la provocación a la agresión se explicaría a partir del propio fundamento (supraindividual) de la legítima defensa.

Desde mi punto de vista, el argumento basado en el *abuso de derecho* es incapaz de fundamentar la provocación a la agresión. Sostener que la corresponsabilidad en la agresión niega la legitimidad del derecho a la defensa por suponer un abuso del mismo implica, simplemente, *calificar* la defensa como abusiva. La pregunta que surge inmediatamente es ¿por qué resulta abusiva la defensa del provocador? Basta con echar un vistazo al art. 7.2 CC para advertir que la regulación del abuso de derecho no está en condiciones de ofrecer una respuesta a esta pregunta. En efecto, tras afirmar que la Ley no ampara el abuso de derecho, el Código civil define como tal “*todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho*”. De acuerdo con este precepto, se abusa de un derecho cuando se sobrepasan manifiestamente los límites normales de su ejercicio. Sin embargo, el art. 7.2 CC no determina cuáles son los

¹³¹⁶ Vid. al respecto RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 185; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 640; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 351. En este sentido, la STS de 6-6-1994 sostiene que la legítima defensa debe excluirse “*totalmente en el caso de provocaciones antijurídicas intencionales, es decir, en los que aparezca como un supuesto de abuso del Derecho en el sentido del art. 6.4.º del Código Civil*”. En términos muy similares se pronuncia la SAP Madrid —sección 27ª— 806/2018, de 17-12.

¹³¹⁷ La legítima defensa se fundamenta a partir de un componente individual y uno supraindividual. El individual se basa en la necesidad de proteger un bien jurídico particular y, de acuerdo con MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 445, “*se manifiesta en el hecho de que sólo se permite la defensa de bienes individuales, mientras que no la de bienes colectivos*”. En cambio, el componente supraindividual deriva de la necesidad de defender o afirmar el ordenamiento jurídico frente al agresor. Este componente explica que la legítima defensa requiera como presupuesto una agresión ilegítima y, siguiendo de nuevo a MIR PUIG, “*constituye el fundamento específico de la legítima defensa, que distingue esta figura del estado de necesidad*”. Precisamente, la idea de que “el derecho no tiene por qué ceder al injusto” sustenta la dureza de la legítima defensa que, restricciones ético-sociales aparte, permite lesionar los bienes jurídicos del agresor hasta el límite de lo necesario para impedir o repeler su agresión. Más ampliamente sobre el doble fundamento de la legítima defensa, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., págs. 23 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., págs. 44 y ss.

¹³¹⁸ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pág. 566.

¹³¹⁹ En este sentido, VALLE MUÑIZ, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, cit., pág. 587; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 465; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pág. 566; MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 41.

“límites normales del ejercicio de un derecho” y, por tanto, *no delimita las condiciones de aplicación del abuso de derecho*¹³²⁰. Es decir, no establece las razones que conducen a calificar el ejercicio de un derecho como abusivo. Precisamente por ello, la regulación sobre el abuso de derecho no puede explicar por qué la defensa del provocador resulta abusiva. En consecuencia, sin una explicación adicional, el argumento que trata de fundamentar la provocación a la agresión mediante el abuso de derecho se encuentra *vacío de contenido*. Se trataría, simplemente, de una “huida a la cláusula general”¹³²¹.

De acuerdo con ATIENZA RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO, el abuso de derecho tiene como presupuesto aplicativo una *laguna axiológica*¹³²². En particular, una modalidad de lo que ellos denominan *laguna axiológica en el nivel de las reglas*¹³²³. Esta se caracteriza por la concurrencia de un supuesto que “*las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí que debería tomarse como relevante para solucionar prohibidamente el caso*”¹³²⁴. Precisamente, mediante el art. 7.2 CC pueden tomarse en consideración los principios que fundamentan un derecho para

¹³²⁰ Definir el abuso de derecho como una conducta que sobrepasa los “límites normales del ejercicio de un derecho” sin establecer cuáles son dichos límites resulta de escasa utilidad. Tal y como indican ATIENZA RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 39, “*cuando preguntamos por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho resulta abusivo no estamos preguntando por el significado de la palabra «abusivo», sino por algo distinto, de un modo análogo a lo que ocurre cuando preguntamos qué características hacen a un cierto automóvil mejor que otro. Si a esta última pregunta se nos respondiera que el automóvil A es preferible al automóvil B, cuando el automóvil A resulta preferible al automóvil B, juzgaríamos que no se nos ha contestado a aquello que habíamos preguntado, pues nosotros ya sabíamos que «mejor que» significa «preferible a»*”. Precisamente, esto es lo que hace el art. 7.2 CC al establecer el *significado* del abuso de derecho —como una conducta que “sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho”— sin determinar sus *condiciones de aplicación*.

¹³²¹ Expresión que emplea GARCÍA DE ENTERRÍA, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, cit., pág. 72, para designar lo que HEDMANN consideraba “*una abdicación de la genuina función discernidora de los juristas*”.

¹³²² Una *laguna axiológica* es una situación reglada por una norma de forma axiológicamente inadecuada porque —según la opinión del intérprete— el legislador no tuvo en cuenta una distinción relevante que, de haberla previsto, hubiera comportado una solución diferente. Esta clase de lagunas no deben confundirse con las *lagunas normativas* —denominadas comúnmente como “vacíos legales”— que, en esencia, presuponen un supuesto no regulado por el sistema jurídico. Tal y como indica, indica GUASTINI, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 31, 2008, pág. 144, “*una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución»*. Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). Lo que falta es una norma satisfactoria o «justa» y, más precisamente, una norma «diferenciadora», es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto”. Vid. también al respecto RODRÍGUEZ, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 22, 1999, pág. 349; MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, cit., pág. 110.

¹³²³ ATIENZA RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., pág. 62, designan como tales a aquellas lagunas axiológicas cuya inadecuación puede fundamentarse en base a principios jurídicos.

¹³²⁴ *Ibidem*.

calificar su ejercicio como abusivo —y, por tanto, ilícito— en circunstancias que las reglas permiten su realización. De este modo, la figura del abuso de derecho se caracterizaría por solventar una laguna axiológica *negando la licitud del ejercicio de un derecho permitido por las reglas en base a un principio*. Dicha caracterización comporta dos consecuencias especialmente relevantes para el tema que nos ocupa. En primer lugar, pone de relieve que la razón por la cual el ejercicio de un derecho puede ser calificado como abusivo deriva de su oposición con un determinado principio. Dicho principio constituye el *fundamento* por el que una conducta sobrepasa los “límites normales del ejercicio de un derecho” y, por tanto, el motivo por el que resulta abusiva. Por ello, si no se identifica el principio que contradice una conducta permitida por las reglas carece de cualquier sentido apelar a la figura del abuso de derecho para sostener su ilicitud. En lo que aquí interesa: *si no se identifica el principio que contradice la defensa del provocador carece de cualquier sentido apelar a la figura del abuso de derecho para sostener su ilicitud*. En segundo lugar, caracterizar el presupuesto aplicativo del abuso de derecho como una laguna axiológica en el nivel de las reglas permite, directamente, descartar que la provocación a la agresión constituya un abuso del derecho a la defensa. La razón es sencilla: el art. 20.4 tercero CP contiene una *regla* que excluye la licitud de la defensa efectuada por el provocador. Si el abuso de derecho presupone una conducta *permitida por las reglas* que se opone a un principio, la defensa del provocador no puede ser calificada como tal, simplemente, porque no se encuentra permitida por las reglas¹³²⁵. Al contrario de lo que ocurre con el StGB, *la ilicitud de la defensa efectuada por el provocador viene determinada por una regla del Código penal —en vez de por un principio— y, por tanto, no constituye un supuesto de abuso de derecho*.

En cambio, el argumento que fundamenta la provocación a la agresión mediante el *componente supraindividual* de la legítima defensa resulta más plausible. De acuerdo con este, la defensa del provocador sería ilícita porque carecería de la “legitimación suprapersonal” (“*überpersönliche Legitimation*”) que permite comprenderla como una afirmación del Derecho frente al agresor¹³²⁶. El provocador no podría “*desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del Derecho*”¹³²⁷ y, por tanto, su reacción defensiva no quedaría cubierta por el fundamento (supraindividual) de la legítima defensa¹³²⁸. De este modo, la provocación a la agresión no pondría en cuestión la

¹³²⁵ En este sentido, PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pág. 104, señala que “*la prohibición del abuso del derecho nunca debe entrar en juego cuando estamos ante límites legales expresos o formales de un derecho, en cuyo caso, su ejercicio será ilícito por vulnerar dichos límites, y no por existir un abuso del derecho*”.

¹³²⁶ C. ROXIN, “Die provozierte Notwehrlage“, cit., págs. 566 y 567.

¹³²⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., págs. 445 y 446.

¹³²⁸ VALLE MUÑIZ, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, cit., pág. 587; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*,

necesidad de afirmar el Derecho frente al agresor —cosa que debería hacer el Estado mediante la pena¹³²⁹— sino la capacidad del provocador para realizar dicha función¹³³⁰. Lo anterior se fundamentaría en la idea de que *quien es corresponsable de un injusto no puede afirmar el Derecho frente a él*.

Adviértase que esta última idea puede ser empleada, *mutatis mutandis*, para dotar de contenido al argumento de la legitimidad y, de este modo, fundamentar la impunidad del sujeto provocado. De acuerdo con ella, el Estado no podría afirmar el Derecho frente a un delito del que es corresponsable. Al igual que la provocación a la agresión niega *al provocador* la posibilidad de afirmar el Derecho *mediante la defensa*, la provocación de un delito por parte de un funcionario privaría *al Estado* de la capacidad de hacer lo propio *a través de la pena*. Si la corresponsabilidad del primero en la agresión le impide defenderse legítimamente de ella, la corresponsabilidad del Estado en el delito le impediría castigarlo legítimamente¹³³¹. Así, en ambos casos, una conducta lícita por sí misma —la provocación a la agresión o la provocación de un funcionario— negaría la legitimidad de una conducta posterior —la defensa o el castigo— que *prima facie* reúne los requisitos que determinan su licitud —una agresión ilegítima o un delito— en virtud de la imposibilidad de afirmar (o hacer prevalecer¹³³²) el Derecho mediante ella. Aunque ninguna de dichas provocaciones pondría en duda la ilicitud del comportamiento del

cit., pág. 465; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pág. 566; MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 41.

¹³²⁹ O, incluso, un tercero que no haya participado en la provocación a través de su (propia) legítima defensa. Así, tal y como indica JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 468, si “*el ofendido ataca al ofensor y a su mujer —que no participa—, la defensa de la mujer sigue las reglas generales*”.

¹³³⁰ En todo caso, la incapacidad del provocador para afirmar el Derecho no deriva de que su defensa resulte innecesaria para la protección de bienes jurídicos individuales. En este sentido, la provocación a la agresión presupone una agresión ilegítima y, por tanto, la concurrencia de una conducta antijurídica que ponga “*en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes*” bienes jurídicos de esta naturaleza (art. 20.4º primero CP). Cuando no exista necesidad de defensa la reacción del provocador será ilícita porque no concurrirá el primer o el segundo requisito del art. 20.4º CP y no porque la agresión haya sido provocada. Vid. al respecto VALLE MUÑIZ, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, cit., pág. 583.

¹³³¹ Similar, DIMOCK, “Actio Libera in Causa”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, pág. 553, afirmando que la provocación a la agresión opera de manera análoga al *entrapment*: “*así como las personas privadas no pueden provocar o instigar un ataque y luego apelar a la legítima defensa para justificar su respuesta defensiva, un agente estatal no puede provocar o instigar la conducta criminal de otro y luego proceder a juzgar a esa persona por el delito resultante. Crear de manera responsable las condiciones para que otra persona cometa un delito tiene resultados similares para los funcionarios estatales y para los actores privados*”. En el mismo sentido, KATZ, “Entrapment Through the Lens of the Actio Libera”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, pág. 591.

¹³³² LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pág. 49, prefiere emplear el término “prevalimiento” al de “afirmación” del Derecho. Tal y como indica el propio LUZÓN PEÑA, esta palabra la toma de “*la teoría de los fines o funciones de la pena*” y, a través de ella, pretende atribuir a la legítima defensa funciones propias de la pena. En última instancia, esta equiparación entre el fundamento de la pena y el de la legítima defensa refuerza la analogía propuesta en el texto.

agresor o del sujeto provocado, sí que cuestionaría la capacidad del provocador o del Estado para afirmar el Derecho frente a él y, por tanto, para defenderse o castigarlo legítimamente.

De todos modos, la idea de que “la corresponsabilidad en un injusto impide afirmar el Derecho frente a él” requiere ser fundamentada. Desde luego, no resulta evidente por qué “*sólo puede proteger el ordenamiento jurídico quien carece de cualquier reproche para afirmar la «intangible majestad del Derecho frente al injusto»*”¹³³³. Para evitar que esta idea se convierta en una fórmula vacía, debe identificarse la razón por la cual “provocar un injusto” y “afirmar el Derecho frente a él” son dos conductas incompatibles. Sin una explicación de estas características, no podrán definirse con claridad los contornos de la provocación a la agresión —en particular, las condiciones que justifican la creación de un riesgo relevante de que se produzca una agresión ilegítima— ni, en lo que aquí interesa, trazarse con una mínima precisión los límites de la impunidad del sujeto provocado. Desde mi punto de vista, el camino para fundamentar esta idea pasa, necesariamente, por aclarar el significado que tiene la “afirmación del Derecho frente al injusto”. Solamente comprendiendo el sentido de dicha afirmación podrán delimitarse las conductas que resultan incompatibles con ella. Al fin y al cabo, la incompatibilidad entre lo uno y lo otro debe derivarse de algún presupuesto de la “afirmación del Derecho frente al injusto”. En concreto, de algún presupuesto que, en lugar de vincularse al injusto, vaya referido a quien afirma el Derecho frente a él.

En mi opinión, afirmar el Derecho frente al injusto significa, esencialmente, *reprochar* su realización. Esto es, censurar al sujeto que lo ha llevado a cabo. La afirmación del Derecho que efectúa el Estado a través del castigo —o un particular mediante la legítima defensa— consiste en la formulación de un reproche dirigido al infractor. Por ello, la cuestión acerca de por qué la corresponsabilidad en un injusto impide afirmar el Derecho frente a él podría ser reformulada en los siguientes términos: *¿por qué quien es corresponsable de un injusto no puede reprocharlo?* En última instancia, la respuesta a esta pregunta pasa por identificar algún presupuesto del reproche que determine su incompatibilidad con la provocación de un injusto. En particular, algún presupuesto que, en vez de referirse al injusto, vaya asociado al sujeto que formula el reproche. Teniendo en cuenta que, en los últimos años, la filosofía moral se ha ocupado expresamente de las *condiciones que debe reunir un sujeto para realizar legítimamente un reproche*, analizar

¹³³³ IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 465.

la discusión propia de esta disciplina puede ser especialmente útil para tratar de responder la pregunta planteada y, así, dotar de contenido al argumento de la legitimidad.

3. Las condiciones del reproche y la filosofía moral

Hasta hace muy pocos años, la filosofía moral no se había ocupado de las condiciones en que alguien puede efectuar legítimamente un reproche a otro¹³³⁴. Tradicionalmente, las discusiones sobre la legitimidad de un reproche se habían centrado en el sujeto reprochado, el objeto del reproche, y la vinculación entre ambos. De este modo, el análisis de la legitimidad de A para culpar a B por X quedaba referido exclusivamente a las capacidades de B, a la incorrección de X, y a la posibilidad de atribuir X a B¹³³⁵. Esto suponía dejar al sujeto que realiza la censura (A) fuera de la ecuación. Así, por ejemplo, la posibilidad de que Juan reprochara de forma legítima a Pedro el desorden de su despacho se hacía depender únicamente de que Pedro fuera capaz de mantenerlo ordenado, de que el desorden supusiera un problema, y de que este fuera achacable a las acciones de Pedro. No obstante, este planteamiento no era capaz de explicar un conjunto de respuestas que Pedro podría dar a Juan para negar la legitimidad de su censura. En particular, no podía dar cuenta de la siguiente contestación: “¿quién eres tú para reprocharme esto?”¹³³⁶.

En efecto, aunque el desorden del despacho de Pedro fuera reprochable —por suponer un problema atribuible a acciones que él podría haber evitado— Juan podría no estar en condiciones de reprochárselo. Si Juan fuera un extraño ajeno a su trabajo, la respuesta natural de Pedro sería: “esto no es asunto tuyo, quizás mis compañeros de trabajo puedan reprocharme el desorden de mi despacho, pero tú no”¹³³⁷. Del mismo modo, si Juan fuera su compañero de trabajo, pero tuviera su propio despacho igual de desordenado, Pedro probablemente le respondería: “mira quien habla, tú tienes el despacho igual o peor que el mío, quizás otros compañeros con el despacho ordenado puedan criticarme, pero tú

¹³³⁴ Los primeros trabajos que abordaron expresamente esta cuestión fueron G. DWORKIN, “Morally speaking”, en *Reasoning Practically*, Oxford University Press, Oxford, 2000, págs. 182-188, y G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra: ¿quién puede y quién no puede condenar a los terroristas?”, *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, págs. 89-113, cuya versión original en inglés fue publicada en 2006. Con pocos años de diferencia, TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, *Journal of Value Inquiry*, núm. 43, 2009, págs. 391-413.

¹³³⁵ DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 124.

¹³³⁶ En este sentido, G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 95, indicaba que “*la pregunta «¿Quién puede decir qué a quién?» está en gran parte sin explorar por la filosofía moral contemporánea. Sin duda, si esta filosofía moral estuviera interesada en qué actos son correctos o incorrectos, entonces el fenómeno podría merecer poca atención (...) Pero en la medida en que la filosofía moral pretende reconstruir el discurso moral real, resulta injustificado el amplio abandono por parte de ésta del fenómeno descrito (...) que surge de forma muy relevante en el discurso moral*”. Tal y como señala RIVERA LÓPEZ, “The fragility of moral standing to blame”, *Ethical Perspectives*, vol. 24, núm. 3, 2017, pág. 334, esta cuestión resulta fundamental en el ámbito de las “éticas no ideales” (“*nonideal ethics*”).

¹³³⁷ Empleando un ejemplo similar, DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 125.

no”. Por último, en el caso de que Juan le hubiera animado previamente a despreocuparse por el orden de su despacho, la contestación de Pedro tendría más fuerza todavía: “pero si tú mismo me dijiste que no debía ordenar el despacho, no me vengas ahora a criticar por algo que en parte es culpa tuya, quizás otros compañeros que no me hayan alentado a hacerlo pueden reprochármelo, pero tú no”.

Adviértase que en todos estos casos la legitimidad del reproche se pone en duda por algo que nada tiene que ver con el sujeto reprochado, el objeto del reproche, o la vinculación entre lo uno y lo otro. En su lugar, lo que cuestiona dicha legitimidad guarda relación con el sujeto que emite el reproche. En este sentido, las objeciones expuestas no niegan que *algo sea reprochable*, sino que *algo pueda ser reprochado por alguien*¹³³⁸. Esta dimensión del reproche —la que hace referencia al sujeto que lo emite— ha pasado a ser, en los últimos años, objeto de una particular atención en el ámbito de la filosofía moral¹³³⁹.

Afirmar que algo es reprochable no equivale a reprochar algo¹³⁴⁰. Lo primero puede hacerlo legítimamente cualquiera, mientras que lo segundo no. En este sentido, Juan siempre podrá afirmar —en cualquiera de los casos expuestos— que Pedro ha hecho algo censurable¹³⁴¹. Sin embargo, para poder censurarlo legítimamente se requiere algo más.

¹³³⁸ Tal y como señala G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 95, cuando *“alguien contesta una crítica diciendo “¿A dónde vas tú criticándome a mí por eso?” no está negando (ni, por supuesto, afirmando) la sensatez inherente de la crítica del crítico. Lo que niega es el derecho de su crítico a hacer la crítica desde una posición de juzgador. Su réplica consigue su efecto sin atender al contenido del juicio de su crítico”*.

¹³³⁹ Tanto KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 2015, pág. 1, como TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, *Noûs*, 2017, pág. 1, ponen de manifiesto el gran número de filósofos que recientemente se han interesado por las condiciones que debe cumplir la persona que efectúa un reproche para que este sea legítimo. Vid. entre otros SMITH, “On Being Responsible and Holding Responsible”, *The Journal of Ethics*, vol. 11, núm. 4, 2007, págs. 465-484; WALLACE, “Hypocrisy, Moral Address, and the Equal Standing of Persons”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 38, núm. 4, 2010, págs. 307-341; MACNAMARA, “Holding others responsible”, *Philosophical Studies*, vol. 152, núm. 1, 2011, págs. 81-102; G. WILLIAMS, “Sharing Responsibility and Holding Responsible”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 30, núm. 4, 2013, págs. 351-364; ROADEVIN, “Hypocritical Blame, Fairness, and Standing”, *Metaphilosophy*, vol. 49, núm. 1, 2018, págs. 137-152.

¹³⁴⁰ Del mismo modo, tal y como señala MAÑALICH RAFFO, “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, núm. 83, 2007, pág. 81, *“declarar que se reprocha puede no equivaler a efectuar un reproche, tal como decir «te insulto» no constituye un insulto”*.

¹³⁴¹ G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 97, indica alguien que ha realizado algo reprochable *“no podría cuestionar una crítica que casualmente oyerá realizar ante una tercera persona: «Por supuesto estoy de acuerdo en que lo que hizo era moralmente incorrecto, pero no estoy en posición de criticarla”*. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 94, nota 237, afirma que *“quien, por su parte, no ha hecho lo que debía, tiene, naturalmente, toda la capacidad de emitir proposiciones sobre la conducta de otro que tampoco lo haga. El contenido normativo de tales proposiciones podrá poseer el valor de verdad. Ahora bien, a éstas les faltará (en medida por determinar) su fuerza normativa ilocucionaria: su capacidad normativa de expresar crítica, juicio, reproche o condena”*. También

Que algo sea reprochable es una condición necesaria, pero no una condición suficiente para el reproche¹³⁴². El acto ilocucionario¹³⁴³ de reprochar “*no sólo presupone unas determinadas características en el destinatario, sino que también las presupone en quien lo emite*”¹³⁴⁴. Dichas características fundamentan y, a su vez, limitan la legitimidad del reproche¹³⁴⁵. Ello explica que un mismo hecho pueda ser legítimamente reprochado por una persona y, simultáneamente, otra no esté en condiciones de hacerlo. Así, por ejemplo, la infidelidad del marido de Laura podrá ser legítimamente censurada por Laura en virtud de su relación de matrimonio, pero quizás no sería legítimo que Alberto efectúe ese mismo reproche —por muy criticable que le parezca lo ocurrido— si carece de cualquier tipo de relación con él o, siendo su amigo, realiza frecuentemente algo parecido o le ha instigado a ello.

A continuación, se analizarán los tres principales argumentos —ya esbozados en los ejemplos planteados— que permiten negar la legitimidad de un sujeto para reprochar algo reprochable. Dichos argumentos serán denominados respectivamente “objección de la comunidad”, “objección de la hipocresía” y “objección de la complicidad”. Esta última objeción será analizada con mayor profundidad por su importancia a la hora de fundamentar la impunidad del sujeto provocado.

3.1. La objeción de la comunidad

La objeción de la comunidad niega que entre dos personas exista la clase de relación que fundamenta la legitimidad de un reproche. La expresión informal de esta objeción sería “esto no es asunto tuyo”¹³⁴⁶. Su presupuesto es que no todo lo reprochable es asunto de todos¹³⁴⁷. Es decir, que algunos reproches solo puede emitirlos legítimamente una persona cuyo vínculo con el sujeto reprochado hace que la actuación de este último sea asunto

BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?: un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, *Isonomía*, núm. 47, 2017, pág. 157.

¹³⁴² TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 394.

¹³⁴³ Los actos ilocucionarios son aquellos que se realizan, de acuerdo a unas determinadas convenciones, al decir algo. Así, por ejemplo, jurar, ordenar o insultar constituyen actos ilocucionarios. Vid. una interesante aproximación al ámbito de la filosofía del lenguaje que se ocupa de su caracterización en RUIZ ANTÓN, “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras”, *ADPCP*, núm. 51, 1998, págs. 9 y ss.

¹³⁴⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 244.

¹³⁴⁵ SCANLON, *Moral Dimensions: permissibility, meaning, blame*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, pág. 175.

¹³⁴⁶ DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 125; KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 17; TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 2.

¹³⁴⁷ DUFF, “Responsibility and Reciprocity”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 21, núm. 4, 2018, pág. 778.

suyo. Un ejemplo paradigmático de la fuerza de esta objeción se da en el contexto de las relaciones de amistad. Así, la impuntualidad de un sujeto a una reunión con sus amigos puede ser legítimamente reprochada por estos. No obstante, el sujeto impuntual sin duda negaría a un tercero extraño al grupo la posibilidad de hacerle responder por ello (“a ti no tengo que darte explicaciones”)¹³⁴⁸. Los primeros pertenecen a la comunidad —el grupo de amigos— en que estas conductas son relevantes y, por tanto, asunto suyo. El segundo, en cambio, carece de esa clase de vínculo con el sujeto reprochado y, por ello, no le puede efectuar legítimamente una censura *por ese comportamiento*¹³⁴⁹.

Un ejemplo más familiar para un jurista: el Estado de Chile no puede reprochar legítimamente a un ciudadano español un delito de hurto cometido en España. Aunque el Estado chileno considere dicha conducta reprochable —por estar tipificada en su Código penal— carece del vínculo necesario con el ciudadano español para reprochárselo: el delito de hurto realizado dentro del Estado español no es asunto suyo. En este sentido, poner de relieve la falta de jurisdicción de un tribunal operaría de forma análoga a la objeción de la comunidad¹³⁵⁰.

La mayoría de personas forman parte de varias comunidades a la vez: su familia, su grupo de amigos, sus compañeros de trabajo, sus vecinos, etc. En cada una de ellas se establecen una serie de vínculos entre sus integrantes que hacen ciertas conductas reprochables sean asunto suyo y, por tanto, puedan ser reprochadas por ellos¹³⁵¹. Algunas conductas reprochables únicamente son asunto de una determinada comunidad, mientras que otras son relevantes en varias de ellas. Así, por ejemplo, no asistir a un partido de baloncesto puede motivar un reproche por parte de mis compañeros de equipo, pero un vecino, un hermano o, incluso, un amigo (ajeno al equipo) no estarían en condiciones de efectuarlo.

¹³⁴⁸ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 143, plantea un ejemplo similar: “*Pensemos que sucedería si durante un festejo, dentro un grupo cercano de amigos, estuviéramos discutiendo sobre la posibilidad de decirle a uno de nosotros que está siendo engañado por su pareja y decidimos que lo mejor es no contarle nada. Sin embargo, alguien extraño al grupo, digamos alguien que participa circunstancialmente en la charla, insiste en que lo correcto sería contarle lo que ocurre. Supongamos que el extraño tuviera algunos buenos argumentos para justificar su punto de vista y señalara que lo que estamos haciendo es moralmente reprochable. Su punto es que no somos buenos amigos si no contamos aquello que sabemos. Podríamos empezar a discutir con el extraño e intentar defender nuestro punto de vista. Quizá tendríamos buenas razones para no revelar la infidelidad. Sin embargo, nosotros podríamos decirle, sencillamente que este no es su asunto y que no tenemos por qué discutir nuestra decisión con un extraño*”. Vid. también el supuesto que propone TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 394, en el que la acción de un empleado daña la reputación de su empleador: “*Su empleador tiene autoridad para responsabilizarlo por esa acción. Pero si otro empleador u otro ciudadano privado intenta responsabilizarlo por esa acción, tiene derecho a decir que no es asunto suyo*”.

¹³⁴⁹ DUFF, “Responsibility and Reciprocity”, cit., pág. 778.

¹³⁵⁰ DUFF, “Moral and Criminal Responsibility: Answering and Refusing to Answer”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3055111>, 2019, pág. 25.

¹³⁵¹ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 143.

Dicha conducta solamente es asunto de la comunidad que conforman los miembros del equipo: ante ellos respondo como compañero de equipo y no como vecino, hermano o amigo¹³⁵². En cambio, poner música en mi habitación a altas horas de la noche puede ser legítimamente reprochado, tanto por mis compañeros de piso, como por mis vecinos. Aunque unos y otros pertenecen a comunidades distintas —en el seno de las cuales se establecen relaciones dispares— ambos comparten un vínculo conmigo que les permite afirmar que esa conducta es asunto suyo y, por tanto, reprochámela legítimamente. En este sentido, los asuntos propios de cada comunidad pueden superponerse y hacer que una misma conducta sea legítimamente reprochada por personas cuya relación con el sujeto reprochado es radicalmente distinta. Incluso, en última instancia, algunas conductas reprochables pueden considerarse como un asunto propio de todos los seres humanos, en tanto que miembros de una misma comunidad moral: la humanidad¹³⁵³.

Otro ejemplo más cercano para un jurista: el Estado chileno puede reprochar legítimamente los crímenes de genocidio cometidos por un dictador en su territorio. Evidentemente, dichos crímenes son asunto suyo. No obstante, el Estado español también podría tener legitimidad para efectuar ese mismo reproche. Aunque el dictador en cuestión no pertenezca a la comunidad política que representa el Estado español, sus crímenes, en tanto que crímenes contra la humanidad, pueden ser considerados un asunto de toda la comunidad de agentes morales que integra la humanidad¹³⁵⁴. A pesar de que el vínculo con el dictador no sea el mismo, tanto el Estado chileno como el Estado español podrían estar en condiciones reprocharle legítimamente sus crímenes.

En general, las relaciones que se generan en el seno de una comunidad suelen estar regidas por alguna noción de reciprocidad¹³⁵⁵. Un sujeto pertenece a una comunidad —por ejemplo, de amigos— en tanto que reconozca a sus miembros como titulares de una serie de derechos y obligaciones hacía él que, al mismo tiempo, él tiene hacía ellos¹³⁵⁶. La negación de esa reciprocidad puede erosionar las relaciones que vertebran una comunidad y, en última instancia, cuestionar su propia existencia¹³⁵⁷. Obviamente, ello repercutirá directamente en la legitimidad de sus miembros para efectuar reproches *en tanto que*

¹³⁵² DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 126.

¹³⁵³ *Ibidem*.

¹³⁵⁴ MAÑALICH RAFFO, “Responsabilidad, autoridad y democracia: una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff”, *Discusiones*, núm. 17, 2016, pág. 178.

¹³⁵⁵ DUFF, “Responsibility and Reciprocity”, cit., pág. 782.

¹³⁵⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 24, indica que el encuentro interpersonal tiene lugar “*en las estructuras sociales de reconocimiento recíproco. En ellas, como todos hemos experimentado, el sujeto puede ser reconocido por aquellos a quienes a su vez reconoce: en la familia, en la escuela, en el trabajo, en la comunidad*”.

¹³⁵⁷ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 398.

miembros de esa comunidad. Así, por ejemplo, el incumplimiento reiterado de los deberes básicos de un padre hacia su hijo —llevarlo al colegio, preocuparse por su alimentación, salud, etc.— puede motivar que, posteriormente, el hijo le niegue a su padre la legitimidad para reprocharle que no se ocupe de él en su vejez (“no me has tratado como un padre, ahora no esperes que te trate como un hijo”)¹³⁵⁸. Aunque esa desatención sea reprochable —quizás sus hermanos, que sí se ocupan de él a pesar de haber recibido el mismo trato en su infancia, puedan reprochárselo— la ruptura del vínculo paterno-filial puede negar la propia pertenencia del padre a la comunidad familiar que está legitimada para efectuar esta clase de reproches. Algo parecido podría ocurrir en el marco de una relación de amistad. Si una persona se distancia de un determinado grupo de amigos —rechazando sus invitaciones, desatendiendo sus compromisos, etc.— luego no estará en condiciones de reprochar una conducta que solamente sea asunto de esa comunidad —por ejemplo, que una parte de ese grupo de amigos no haya dado el apoyo necesario a uno de sus miembros para superar una depresión— pues habrá dejado de pertenecer a ella (“ya no somos amigos, no actúes ahora como si lo fueras”). Esa persona ya no podrá efectuar legítimamente reproches en tanto que miembro de esa comunidad de amigos¹³⁵⁹. No obstante, si esa misma persona comparte su lugar de trabajo o su piso con uno de sus examigos, la ruptura de su vínculo de amistad no impedirá que le pueda reprochar otra clase de conductas en tanto que compañero de trabajo o de piso. Si dicha conducta es un asunto propio de la comunidad a la que sí pertenece —por ejemplo, llegar tarde al trabajo o descuidar la limpieza de las zonas comunes del piso— su legitimidad para reprocharla no se verá menoscabada por el hecho de que ya no exista una relación de amistad entre ellos (“ahora no te hablo como amigo, sino como compañero”).

En todo caso, el ámbito de operatividad de la objeción de la comunidad queda delimitado, precisamente, por los asuntos propios de cada comunidad. Dicha objeción niega la legitimidad de una persona ajena a una determinada comunidad para reprochar *a sus miembros* cualquier conducta *que sea un asunto exclusivo de esa comunidad*. Aquí, el sujeto que recibe el reproche le dice a quién lo emite: “tú no me puedes reprochar nada a mí”(al menos, nada que tenga que ver con la comunidad a la que no pertenece). Ya sea por no haber pertenecido nunca a la comunidad en que esa conducta es relevante, o por haber dejado de pertenecer a la misma —a través de la negación de las relaciones de reciprocidad que la fundamentan— la persona que recibe esta objeción carece del vínculo

¹³⁵⁸ RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, *Análisis filosófico*, vol. 35, núm. 2, 2015, pág. 174, plantea un ejemplo similar. También, GARGARELLA, “Cuatro temas y cuatro continuaciones posibles para la teoría penal de Carlos Nino”, *Quaestio Iuris*, vol. 6, núm. 2, 2013, pág. 105.

¹³⁵⁹ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, *cit.*, pág. 397.

necesario *con el sujeto al que dirige el reproche* para efectuarlo legítimamente. Quizás pueda reprochar esa misma conducta a otra persona con la que sí tenga el vínculo necesario —por ejemplo, un amigo con el que siga teniendo relación— pero no puede censurar legítimamente *a ese sujeto* por un asunto que solo es propio de una comunidad a la que no pertenece.

3.2. La objeción de la hipocresía

La objeción de la hipocresía niega la legitimidad de un sujeto para reprochar una determinada clase de conductas. En particular, la clase de conductas que él mismo ha realizado anteriormente. La expresión informal de esta objeción sería “también tú” (“*tu quoque*”)¹³⁶⁰, “mira quien habla”¹³⁶¹, o “y tú más”¹³⁶². Inspirándose en un anuncio de televisión, KING plantea un ejemplo particularmente ilustrativo de esta objeción: “*un padre reprende a su hijo adolescente por haber encontrado recientemente una caja de drogas en su habitación. Él se enoja cada vez más en respuesta a las negativas de su hijo y lo presiona para que le diga dónde aprendió a consumir drogas. Cuando la tensión aumenta, el chico finalmente grita: «de ti, ¿vale?, he aprendido observándote a ti»*”¹³⁶³. La razón por la que el hijo se exaspera ante el reproche de su padre es que este realiza habitualmente la misma conducta que es objeto de censura. Su enfado pone de manifiesto que el reproche que recibe *de su padre* tiene algún déficit de legitimidad¹³⁶⁴. En efecto, aunque una conducta sea reprochable, un sujeto que realiza esa misma conducta asiduamente no parece estar en condiciones de reprochársela legítimamente a otro. Así, el miembro más impuntual de un grupo de amigos difícilmente podrá reprocharle legítimamente a otro que haya llegado tarde a una reunión. Aunque la conducta en sí sea censurable —y pueda ser censurada por el resto de miembros del grupo que se toman en serio la puntualidad a sus reuniones— la persona que la ha realizado podrá negar, con razón, la legitimidad del amigo impuntual para reprochársela (“mira quien habla, tú llegas tarde a la mayoría de nuestros encuentros”)¹³⁶⁵. El empleo de esta clase de argumentos *ad hominem* resulta tan frecuente en el terreno de la política¹³⁶⁶ que la expresión “y tú más”

¹³⁶⁰ G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 99.

¹³⁶¹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 224.

¹³⁶² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 93.

¹³⁶³ KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 1.

¹³⁶⁴ *Ibidem*.

¹³⁶⁵ SCANLON, *Moral Dimensions*, cit., pág. 175, plantea un ejemplo muy similar. También G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 99.

¹³⁶⁶ SCANLON, *Moral Dimensions*, cit., pág. 174.

constituye, hoy en día, una referencia directa a la estrategia de oponerse a la acusación de corrupción de un partido, acusándolo a él de (también) ser corrupto¹³⁶⁷.

La objeción de la hipocresía se fundamenta en la falta de consistencia que expresa un sujeto cuando reprocha el incumplimiento de una norma que no se aplica a sí mismo¹³⁶⁸. Lo relevante de esta objeción no es tanto que el hipócrita haya realizado actos similares a los que reprocha, sino lo que muestran esos actos: su falta de compromiso con los valores que reivindica mediante su censura¹³⁶⁹. Lo objetable del hipócrita es que, mediante su reproche, da a entender que le importan unos determinados valores —la salud, la puntualidad, la transparencia, etc.— que no se corresponden con la forma en que se comporta¹³⁷⁰. De este modo, se presenta ante su interlocutor como si estuviera exento de los estándares morales que aplica sobre él a la hora de efectuar el reproche¹³⁷¹. Cuando el amigo impuntual le reprocha a otro que haya llegado tarde está reivindicando el valor de la puntualidad —implícitamente está diciendo “me importa la puntualidad”— pero, al mismo tiempo, su comportamiento previo desmiente su compromiso con dicho valor. Esa falta de compromiso socava la legitimidad de su censura. El mensaje que recibe el destinatario del reproche sería algo así como: “me importa que tú me hagas esperar a mí, pero no que yo te haga esperar a ti”. Mediante su reproche, el hipócrita está negando la reciprocidad que debería regir sus relaciones con el sujeto que lo recibe¹³⁷². Precisamente por esa razón, quien asume su propia responsabilidad por las conductas previas realizadas puede superar la objeción de la hipocresía¹³⁷³. Cuando alguien admite la incorrección de sus actos previos, de un modo que pueda inferirse su compromiso con los valores que ha menoscabado, recupera la legitimidad para reprochar esa misma clase de actos. El padre que, a pesar de fumar, está haciendo todo lo posible para dejarlo, puede reprender legítimamente a su hijo por hacer lo propio. Sus esfuerzos por abandonar el tabaquismo ponen de relieve que el valor “salud” tiene importancia en su propio comportamiento y que, por tanto, el reproche que le dirige a su hijo no está basado en unos estándares de los que se exima a sí mismo. Del mismo modo, si el amigo impuntual asume su responsabilidad por hacer esperar a los demás, de un modo que muestre su compromiso

¹³⁶⁷ LAGUNA PLATERO, “La percepción de la corrupción, factor mediatizante de la democracia”, *OBETS: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 1, 2013, pág. 97.

¹³⁶⁸ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 151.

¹³⁶⁹ TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 16.

¹³⁷⁰ MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, *Philosophia*, 2018, pág. 6.

¹³⁷¹ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 396; SCANLON, *Moral Dimensions*, cit., pág. 174; KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 7; EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, *Law and Philosophy*, vol. 37, núm. 1, 2018, pág. 49.

¹³⁷² DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 128.

¹³⁷³ G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 105.

sincero con el valor “puntualidad” —por ejemplo, modificando su hábito de acudir a las reuniones sin un margen de tiempo razonable— podrá, en el futuro, efectuar legítimamente reproches por la impuntualidad de sus amigos. Aunque él haya realizado en el pasado las mismas acciones que reprocha, su comportamiento posterior pone de manifiesto que (ahora) reconoce recíprocamente la importancia de la norma cuya vulneración censura (“me importa tú me hagas esperar a mí, porque también me importa que yo te haga esperar a ti”).

El alcance de la objeción de la hipocresía depende del grado de correspondencia que se exija entre aquello que se reprocha y aquello que ha realizado anteriormente el sujeto que emite el reproche. La parábola bíblica de la mujer adúltera plantea una versión de esta objeción con su máximo alcance posible¹³⁷⁴: “el que esté libre de pecado, que tire la primera piedra”¹³⁷⁵. Aquí, se niega la legitimidad para reprochar a todo aquel que haya realizado algo reprochable¹³⁷⁶. De este modo, la correspondencia que se exige entre aquello que se reprocha y la conducta previa de quien emite el reproche es mínima: se reduce simplemente a su condición de “algo reprochable” (un pecado). Así, por ejemplo, quien ha mentado no podría reprochar a quien ha matado, pues ambos habrían realizado algo censurable¹³⁷⁷. En el otro extremo, una versión de esta objeción con un alcance mínimo exigiría que quien emite la censura hubiera realizado exactamente la misma clase de conducta que reprocha. Aquí, la correspondencia requerida sería la máxima posible: quien incita a otro para matar no estaría inhabilitado para reprochar a alguien que haya matado, pues “incitar a que otro mate” no es exactamente lo mismo que “matar”¹³⁷⁸. En cualquier caso, ni la primera versión (máxima) ni la segunda (mínima) parecen demasiado convincentes. Lo que menoscaba la legitimidad del hipócrita es su falta de compromiso con los valores que reivindica mediante su censura. Cuando los valores afectados por su

¹³⁷⁴ *Ibidem*, pág. 100.

¹³⁷⁵ Tal y como indica BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 152, en “*la historia de Jesús frente al apedreamiento de una mujer sorprendida en adulterio, parece no existir una demanda de similitud entre la infracción del juzgador y el juzgado (...) Esta condición para condenar parece ser bastante intensa, pues parece exigir que no tengamos antecedente alguno en nuestro prontuario moral para poder condenar, la consecuencia podría ser incluso revolucionaria en la medida que nadie podría a otros, ya que nadie está libre de pecado. Juzgar y condenar serían prácticas divinas y no humanas*”.

¹³⁷⁶ DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 127.

¹³⁷⁷ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 153, señala que “*dado que este modelo de interacción no ha tenido mucha acogida en nuestras prácticas, resulta aconsejable intentar identificar ciertas condiciones que restrinjan la objeción de hipocresía hasta volverla plausible u operativa*”. También KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 7.

¹³⁷⁸ KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 6; MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, cit., pág. 6; MCKENNA, “Resisting Todd’s Moral-Standing Zygote Argument”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 68, núm. 273, 2018, pág. 664.

conducta no tienen nada que ver con aquellos que fundamentan su reproche —por ejemplo, cuando el mentiroso censura al homicida— su legitimidad permanece incólume (alguien puede estar comprometido con el valor de la vida, aunque no lo esté con el de la sinceridad)¹³⁷⁹. En cambio, cuando el valor afectado por su conducta es exactamente el mismo que fundamenta su censura —por ejemplo, cuando el que incita a matar reprende a alguien que ha matado— su legitimidad queda socavada del todo, aunque las dos conductas no sean completamente idénticas. A partir de aquí, cuanto mayor sea la correspondencia entre los valores menoscabados por su conducta previa y la que censura, mayor fuerza tendrá la objeción de la hipocresía y, por tanto, menor legitimidad su reproche¹³⁸⁰. Y viceversa.

Algún autor ha sugerido que la objeción de la hipocresía también podría resultar aplicable contra aquellas personas que, a pesar de no haber realizado ninguna acción similar a la que reprochan, sí que la hubieran llevado a cabo de encontrarse en la misma situación que el sujeto reprochado (“tú hubieras hecho lo mismo”)¹³⁸¹. Al fin y al cabo, quien emite el reproche estaría reivindicando unos valores con los que, en realidad, no está comprometido. La única diferencia entre quien ha realizado el mismo acto que reprocha y quien lo hubiera realizado de tener ocasión sería una mera cuestión de suerte circunstancial¹³⁸². Esta modalidad de hipocresía ha sido denominada por algunos “hipocresía subjuntiva” (“*subjunctive hypocrisy*”)¹³⁸³ o “tu quoque contrafactual” (“*counterfactual tu quoque*”)¹³⁸⁴.

¹³⁷⁹ MATRAVERS, “Who’s Still Standing? A Comment on Antony Duff’s Preconditions of Criminal Liability”, *Journal of Moral Philosophy*, vol. 3, núm. 3, 2006, pág. 325; EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 47.

¹³⁸⁰ En este sentido, BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 153, señalan que “*si aceptamos que, en general, la hipocresía supone una cierta relación de similitud entre la infracción del juzgador y la infracción del juzgado, la cuestión que sigue es establecer alguna fórmula para valorar las distintas infracciones y commensurarlas. Esto podría ser una tarea bastante sencilla en algunos casos y extremadamente difícil en otros. Pero nada obsta a que esta complejidad pueda reducirse o esquivarse mediante la formulación de grados de hipocresía. Así, alguien que condena a una persona por no declarar sus impuestos cuando ella misma lleva años evadiendo sus propias obligaciones tributarias, podría ser considerado más hipócrita que alguien que condena a una persona por no declarar sus impuestos cuando ella misma tiene vencido su permiso de circulación hace una semana*”.

¹³⁸¹ TOGNAZZINI/COATES, “Blame”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, págs. 1 y ss.; TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 14; RIVERA LÓPEZ, “The fragility of moral standing to blame”, cit., pág. 346. También BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 151, nota 23, lo insinúan al señalar que “*una cuestión interesante a explorar en el contexto de la hipocresía es si acaso uno puede condenar a alguien por infringir una norma que no hemos violado pero que violaríamos si hubiésemos estado situados en la posición del infractor al que condenamos. Podría ser considerado como un problema de hipocresía en la medida que uno aplica un estándar más exigente a los demás que a uno mismo*”.

¹³⁸² TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 17; RIVERA LÓPEZ, “The fragility of moral standing to blame”, cit., pág. 347.

¹³⁸³ TOGNAZZINI/COATES, “Blame”, cit., págs. 1 y ss.; TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 14.

¹³⁸⁴ RIVERA LÓPEZ, “The fragility of moral standing to blame”, cit., pág. 346.

No obstante, en mi opinión, la hipocresía subjuntiva no puede ser equiparada, sin más, a la hipocresía de quien ha realizado efectivamente los mismos actos que reprocha. El compromiso con los valores que fundamentan un reproche se expresa mediante las acciones que uno lleva a cabo. En la medida que no consideremos igual que alguien haya realizado algo reprochable a que alguien esté dispuesto a realizar algo reprochable —aunque la diferencia entre lo uno y lo otro pueda ser una mera cuestión de suerte— tampoco deberemos equiparar la legitimidad para reprochar de quien ha realizado los mismos actos que censura a la de quien (hipotéticamente) los hubiera realizado de tener ocasión¹³⁸⁵. En otras palabras, si solo estimamos legítimo reprochar actos, y no actitudes internas, la legitimidad para reprocharlos únicamente deberá entenderse menoscabada mediante actos, y no mediante actitudes internas.

Así pues, el ámbito de operatividad de la objeción de la hipocresía queda delimitado por los actos que ha llevado a cabo quien emite el reproche. Esta objeción niega la legitimidad del hipócrita para reprochar *a cualquiera* aquellas conductas *que él mismo ha realizado*¹³⁸⁶. Aquí, el sujeto que recibe la censura le dice a quién la emite: “tú no puedes reprocharle esto a nadie”. En este sentido, la objeción de la hipocresía puede ser empleada, tanto por quien se ha visto agraviado por las conductas previas del hipócrita, como por un tercero ajeno a las mismas¹³⁸⁷. El mentiroso compulsivo no puede censurar legítimamente las mentiras de otro, aunque ese otro no haya sufrido sus mentiras. Su falta de compromiso con los valores que fundamentan el reproche —por ejemplo, con la sinceridad— lo inhabilita para reprocharle a cualquiera esa clase de conductas¹³⁸⁸. En cambio, su legitimidad para reprochar otra clase de acciones —que afectan a valores distintos— permanece incólume. Así, la persona que emplea la objeción de la hipocresía contra un sujeto que ha realizado acciones similares a la suya no podrá rechazar la censura de ese mismo sujeto cuando vaya referida a *otras conductas diferentes*.

¹³⁸⁵ En contra, RIVERA LÓPEZ, “The fragility of moral standing to blame”, cit., pág. 348, afirmando que la suerte circunstancial no afecta del mismo modo a una cosa y a la otra.

¹³⁸⁶ RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 175.

¹³⁸⁷ SCANLON, *Moral Dimensions*, cit., pág. 176.

¹³⁸⁸ RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 175, ilustra muy bien este punto a través de la crítica a un ejemplo propuesto por DUFF: “*En una institución educativa profesores y autoridades exigen a los alumnos normas de honestidad y respeto, pero ellos actúan de manera desconsiderada y deshonesto hacia los alumnos. En este caso, dice Duff, los profesores carecen de autoridad moral para acusar a una alumna deshonesto, porque «aquellos mismos que deberían responsabilizarla no han mostrado ningún respeto por los valores que ellos le acusan de estar burlando».* A primera vista, parece que aquello que descalifica a los profesores es el argumento *tu quoque*. La alumna estaría diciendo: *ustedes me están acusando de ser deshonesto pero ustedes son deshonestos. Si esta fuera la (única) objeción, la pérdida de autoridad moral sería más extensa: los profesores no podrían reprochar tampoco a quienes pertenecieran a otra institución educativa*”. Vid. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 186.

3.3. La objeción de la complicidad

La objeción de la complicidad niega la legitimidad de un sujeto para reprochar una conducta en particular: aquella de la que él es corresponsable. La expresión informal de esta objeción sería: “tú también estás implicado”¹³⁸⁹, “no actúes como si no tuvieras nada que ver con ello”¹³⁹⁰, o “hice justo lo que tú querías que hiciera”¹³⁹¹. De nuevo, KING ofrece un ejemplo muy gráfico de esta objeción: “*Supongamos que Charlie sabe que Linus tiene debilidad por los dulces y está tratando de perder peso. A pesar de ello, la lleva deliberadamente a cenar a un lugar que está ubicado al lado de una heladería increíble. Como era de esperar, después de la cena, Linus visita la tienda de al lado y se toma un helado*”¹³⁹². Si Charlie posteriormente tratara de reprochar a Linus su falta de compromiso con la dieta que se había impuesto, este probablemente le contestaría indignado: “*pero si tú mismo me has traído aquí sabiendo lo difícil que sería para mí no pedir un helado. Sabes que estoy tratando de dejar los dulces; sabes lo importante que es para mí perder peso. Y no solo me pones ante una gran tentación, sino que además tienes el descaro de venir a reprocharme que haya sucumbido a ella*”¹³⁹³. El enfado que Linus podría sentir legítimamente ante la censura de Charlie pone de relieve que este no se encuentra bien posicionado para efectuar un reproche por *esa conducta en particular* (haberse tomado ese helado). Su contribución a la conducta reprochada menoscaba su legitimidad para el reproche. Quien es corresponsable del objeto del reproche no parece estar en condiciones de censurarlo legítimamente. Así, en el relato familiar expuesto al inicio de este trabajo¹³⁹⁴, el rechazo que genera el castigo impuesto por el padre se explica, precisamente, por su contribución al incumplimiento de su hijo. Aunque dicho incumplimiento resulte reprochable —la madre podría llegar a censurarlo— la persona que lo ha favorecido no puede emitir legítimamente un reproche por ello. Al hacerlo, se estaría “*situando como juez en un caso en el que, usando una metáfora legal, debería ser considerado un coacusado*”¹³⁹⁵.

El ámbito que abarca esta objeción se circunscribe a los concretos actos favorecidos por el sujeto que emite el reproche. Al contrario de lo que ocurre con la objeción de la hipocresía —cuya extensión se delimita por la *clase de conductas* realizadas por el

¹³⁸⁹ G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 104; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 225.

¹³⁹⁰ KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 9.

¹³⁹¹ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 399.

¹³⁹² KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 5.

¹³⁹³ *Ibidem*, pág. 6.

¹³⁹⁴ Vid. *supra* el apartado 1 del capítulo I.

¹³⁹⁵ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 400.

hipócrita— el cómplice solamente queda inhabilitado para reprochar las *conductas particulares* que él mismo ha propiciado. Quien emplea la primera objeción le dice al hipócrita “tú no puedes reprocharle esto a nadie”, mientras que quien utiliza la segunda le dice al cómplice “tú no puedes reprocharme esto a mí”. La mujer que habitualmente le es infiel a su marido no parece estar en condiciones de reprochar legítimamente la infidelidad de nadie —incluida la de su propio marido— aunque no haya tenido nada que ver con ella. En cambio, quien promueve la infidelidad de su amigo únicamente se ve impedido, en virtud de su complicidad, para reprocharle a su amigo la concreta infidelidad favorecida¹³⁹⁶. En este sentido, el alcance de la objeción de la complicidad es mucho más reducido que la objeción de la hipocresía: su objeto de referencia es un acto concreto y no una la clase de actos. Quizás por ello, muchos autores han afirmado que la fuerza de la objeción de la complicidad es mayor a la propia de la objeción de la hipocresía¹³⁹⁷. Esto es, que el cómplice tiene menos legitimidad que el hipócrita para efectuar un reproche. No obstante, aunque esto último resulta plausible a nivel intuitivo¹³⁹⁸ —probablemente el sujeto que ha sido infiel estará menos dispuesto a soportar la censura de quien le ha animado a realizar esa infidelidad que el reproche de quien habitualmente es infiel— la razón que explica dicha intuición no es evidente.

¿Por qué quien es corresponsable de un hecho no puede censurarlo legítimamente? TODD sostiene que el fundamento de la objeción de la complicidad es el mismo que el de la objeción de la hipocresía: el cómplice no puede reivindicar los valores que fundamentan el reproche porque su comportamiento previo desmiente su compromiso con ellos¹³⁹⁹. Aunque su conducta previa no es exactamente idéntica a la que reprocha —pues favorecer que otro haga X no es lo mismo que hacer X— el valor afectado por ambas sí que coincide. Así, su contribución a que otro haga algo reprochable pone de manifiesto que, en realidad, no le importan los valores que hacen que eso sea reprochable. En el ejemplo de Charlie y Linus, lo que inhabilitaría el reproche de Charlie sería que sus actos —llevar

¹³⁹⁶ Quizás dicho amigo pierda legitimidad para reprochar las infidelidades de terceros en tanto que hipócrita —pues fomentar la infidelidad de su amigo pone de relieve que el valor “fidelidad” no tiene mucha importancia para él— pero no en tanto que cómplice. En este sentido, RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 176, indica que “*si el cómplice queda inhabilitado para reprochar a otros, no es por razones específicas de complicidad, sino, quizá, por razones de hipocresía*”. Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

¹³⁹⁷ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 404; WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, *Inquiry*, vol. 58, núm. 2, 2015, pág. 182; RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 176; EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 48; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 265.

¹³⁹⁸ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 400.

¹³⁹⁹ TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 11; EL MISMO, “Manipulation and Moral Standing: An Argument for Incompatibilism”, *Philosophers Imprint*, vol. 12, núm. 7, 2012, pág. 10. En sentido similar, SCANLON, *Moral Dimensions*, cit., pág. 177.

deliberadamente a Linus a un restaurante adyacente a una gran heladería— revelan que, para él, la dieta no es importante¹⁴⁰⁰. Mediante su reproche, Charlie estaría dando a entender algo —que está comprometido con el valor “salud”— que es incompatible con su comportamiento previo. Esta contradicción sería lo que privaría de legitimidad a su reproche. Del mismo modo, quien anima a su amigo a serle infiel a su pareja no podría reprochar legítimamente dicha infidelidad porque su comportamiento pone de relieve que el valor “fidelidad” no es importante para él. Al fin y al cabo, alguien que realmente le otorgara valor a ello no le recomendaría a nadie que le sea infiel a su pareja. Advuértase que, de acuerdo con el este planteamiento, el cómplice perdería legitimidad para el reproche *en tanto que hipócrita*. Es decir, en tanto que sujeto que ha realizado una conducta reprochable similar a la que censura¹⁴⁰¹.

En mi opinión, la fundamentación de TODD resulta insatisfactoria por dos razones. En primer lugar, su planteamiento vacía completamente de contenido la objeción de la complicidad. Si la complicidad se equipara a la hipocresía, el alcance de ambas objeciones debería ser el mismo. Así, quien ha contribuido a que otro haga algo reprochable debería quedar inhabilitado para reprochar, no solo la concreta conducta favorecida, sino, en general, esa clase de conductas. El sujeto que ha recibido la contribución del cómplice no le estaría diciendo “tú no puedes reprocharme esto a mí”, sino “tú no puedes reprocharle esto a nadie”. De este modo, un tercero que hubiera realizado la misma clase de conducta reprochable favorecida por el cómplice podría negar su legitimidad para el reproche *en la misma medida que quien ha recibido su contribución*. Esta conclusión resulta contraintuitiva: quien ha sido incitado por su amigo a serle infiel a su pareja parece tener más razones para rechazar su censura que quien ha realizado algo similar por su cuenta. Es cierto que el segundo podría oponerse a su reproche diciendo que “a ti no te importa la fidelidad, pues de lo contrario no andarías incitando a otros a realizar infidelidades”, pero, sin duda, la oposición del primero a la censura de su amigo tendría más fuerza: “no solo no te importa la fidelidad sino que, además, me estás reprochando algo que tú mismo me incitaste a hacer”. Al reducir la complicidad a la hipocresía, la fundamentación de TODD es incapaz de dar cuenta de esto último.

La segunda razón por la que el planteamiento de TODD no resulta convincente es que obliga a concluir que los *cómplices no hipócritas* mantienen incólume su legitimidad para reprochar aquello que han favorecido¹⁴⁰². Esto es, que quien contribuye a que otro realice

¹⁴⁰⁰ TODD, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 11.

¹⁴⁰¹ *Ibidem*.

¹⁴⁰² *Ibidem*, pág. 9.

algo reprochable *a través de una conducta no reprochable*¹⁴⁰³ puede censurar legítimamente la acción favorecida. Desde mi punto de vista, esta conclusión resulta, incluso, más contraintuitiva que la anterior. Veámoslo a través de algunos ejemplos de complicidad no hipócrita: imaginemos que un sujeto promueve la infidelidad de otro —animándole a llevarla a cabo e, incluso, recomendándole un lugar discreto para su encuentro— y, simultáneamente, avisa a su pareja de las intenciones de este —indicándole el lugar donde va a producirse dicho encuentro— de modo que haga inviable la consumación de la infidelidad. Aquí, el cómplice no sería un hipócrita, pues su contribución no pondría de manifiesto su falta de compromiso con el valor “fidelidad”. En tanto que él mismo se ha asegurado que la infidelidad no pudiera perfeccionarse, sus acciones no denotarían que la fidelidad de las parejas sea un asunto que no le importe. Es más, el cómplice podría afirmar que dicho valor le importa especialmente: “precisamente lo he hecho para demostrarle a tu pareja que no te tomas tan en serio la fidelidad”. Sin embargo, parece evidente que este no podría censurar legítimamente la conducta que él mismo ha favorecido. En el mejor de los casos, la respuesta ante su reproche sería: “pero si hice justo lo que tú pretendías que hiciera”. La fuerza de esta objeción no puede ser explicada mediante la hipocresía. Lo mismo ocurre en el siguiente ejemplo: un padre que busca una excusa para castigar a su hijo adolescente deja en su habitación una botella de vino que ha rellenado con mosto. Al cabo de unas horas, tras comprobar que la botella está vacía, castiga a su hijo por haber infringido la prohibición de beber alcohol y, además, le hace saber que aquello que ha bebido era zumo de uva sin fermentar. Sin duda, al enterarse de esto último, el hijo podría poner en cuestión la legitimidad del castigo impuesto por su padre: “me estás castigando por algo que tú querías que hiciera”. Adviértase que esta objeción no pone en duda el compromiso del padre con los valores que reivindica mediante su reproche —pues haber substituido el vino por mosto pone de relieve que la salud de su hijo le importa— sino que cuestiona la compatibilidad de los actos previos del padre con *ese reproche en particular*. Aunque el padre no es un hipócrita —y por tanto podría censurar legítimamente otras conductas similares del hijo o de sus hermanos— su reproche por esa conducta en concreto parece, a todas luces, ilegítimo. La

¹⁴⁰³ Obviamente, no será posible contribuir a que otro realice algo reprochable a través de una conducta no reprochable si se considera que contribuir a que otro realice algo reprochable es, en sí mismo, reprochable. En este sentido, HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 24, núm. 1, 2016, pág. 29, considera que contribuir a que otro realice algo reprochable supone subvertir sus capacidades morales y, por ello, resulta censurable por sí mismo con independencia de que también lo sea por otras razones. Si esto fuera así, la complicidad no hipócrita debería ser definida como una contribución a que otro realice una conducta reprochable a través de una conducta *que no es reprochable por la misma razón que la primera*.

imposibilidad de explicar dicha ilegitimidad mediante la hipocresía hace que la fundamentación de la complicidad propuesta por TODD resulte insatisfactoria¹⁴⁰⁴.

Un ejemplo de *complicidad no hipócrita* más cercano para un penalista: A ofrece a B un maletín lleno de dinero a cambio de disparar a C con una pistola que él mismo le proporciona. B cree que dicha pistola está cargada, mientras que A y C —que actúan de manera concertada— saben perfectamente que no lo está. Si B intenta disparar a C de manera infructuosa, el posterior reproche de A y C por *intentar matar* difícilmente será percibido por B como legítimo. No obstante, dicha ilegitimidad no puede explicarse por la hipocresía de A y C. Ellos no han realizado ninguna conducta similar a la de B: ni han intentado matar ni han promovido que se genere riesgo alguno para el bien jurídico “vida”. Su actuación previa no pone de manifiesto que dicho bien jurídico no les importa (la cosa sería diferente si el reproche lo efectuara un sicario profesional de larga trayectoria). La razón por la que B podría oponerse a la censura de A y C tiene que ver exclusivamente con la relación entre los actos previos de estos y la concreta conducta de intentar matar que reprochan (“vosotros queríais que yo intentara matar”).

Aunque la mayoría de cómplices también son hipócritas, no todos lo son¹⁴⁰⁵. Si la complicidad tiene trascendencia al margen de la hipocresía, y la complicidad hipócrita tiene más relevancia que la simple hipocresía, el fundamento de esta objeción debería ser capaz de dar cuenta de ello. Es decir, debería poder explicar por qué la persona que emplea esta objeción “*no necesita juzgar si la persona que critica ha hecho algo similar o peor*”¹⁴⁰⁶. Según KING, dicha explicación debe tener algo que ver con el hecho de que el cómplice haya favorecido *voluntariamente* aquello que después reprocha¹⁴⁰⁷. Censurar algo que uno mismo ha favorecido deliberadamente parece, por alguna razón, contradictorio. Dicha razón debe constituir el fundamento de la objeción de la complicidad.

En mi opinión, el fundamento de la objeción de la complicidad puede identificarse fácilmente si se suscribe la siguiente idea: *el reproche presupone que la persona que lo emite no quería que el sujeto reprochado actuara del modo que actuó*¹⁴⁰⁸. Cuando alguien censura la conducta de otro le está diciendo implícitamente “no quería que hicieras eso”. En palabras de SHER, está expresando el “*deseo de que la persona en cuestión no hubiera*

¹⁴⁰⁴ Similar, MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, cit., pág. 8.

¹⁴⁰⁵ MCKENNA, “Resisting Todd’s Moral-Standing Zygote Argument”, cit., pág. 665.

¹⁴⁰⁶ G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 104. Similar, RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 176.

¹⁴⁰⁷ KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 6. En términos parecidos, MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, cit., pág. 12.

¹⁴⁰⁸ SHER, *In Praise of Blame*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pág. 112. Vid. también KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 16.

realizado su mala acción pasada”¹⁴⁰⁹. Si esto es así, la razón que sustenta la objeción de la complicidad parece evidente: *expresar que no se quería una conducta resulta incompatible con haber favorecido deliberadamente dicha conducta*. Mediante su reproche, el cómplice estaría dando a entender algo —que no quería que su interlocutor actuara del modo que actuó— que se contradice con su comportamiento anterior. Quien ha favorecido voluntariamente una conducta no puede expresar (de forma sincera) que no deseaba que dicha conducta se llevara a cabo. En este sentido, *el reproche del cómplice resulta ilegítimo porque su comportamiento previo pone de relieve que él quería que el sujeto reprochado actuase tal y como actuó*. La respuesta “hice justo lo que tú querías que hiciera” niega la legitimidad de un reproche, precisamente, porque la formulación de un reproche presupone lo contrario.

Esta fundamentación de la objeción de la complicidad explica perfectamente que su alcance quede circunscrito a los concretos actos favorecidos por sujeto que emite el reproche. La conducta previa del cómplice pone de relieve que él quería que se llevaran a cabo esos actos en particular. No obstante, ello resulta perfectamente compatible con rechazar *esa clase de actos*. El padre que ha favorecido que su hijo beba la botella de vino que ha dejado en su habitación —y que ha rellenado con mosto— puede reprenderlo legítimamente por tratar de beber otra botella de vino diferente. Aunque la segunda conducta pertenezca a la misma clase que la primera —intentar beber alcohol— los actos previos del padre únicamente revelan su voluntad de que su hijo bebiera la botella que había dejado en su habitación. Dichos actos no impiden que el padre pueda afirmar de forma sincera “no quería que bebieras esa otra botella”. Al contrario de lo que ocurre con la objeción de la hipocresía, el comportamiento previo del cómplice solamente dice algo respecto al concreto acto favorecido —que quería que dicho acto se llevara a cabo— pero no indica, por sí mismo, nada respecto a esa clase de actos¹⁴¹⁰. Por ello, el único reproche que resultará contradictorio con su conducta anterior será el que se refiere al acto que él quería que se llevara a cabo.

¹⁴⁰⁹ SHER, *In Praise of Blame*, cit., pág. 112.

¹⁴¹⁰ Obviamente, en los casos en que la complicidad vaya acompañada de hipocresía —por ejemplo, si el padre deja en la habitación de su hijo una botella de vino que contiene vino— el favorecimiento de una conducta reprochable denotará algo sobre la clase de conductas a la que pertenece la acción promovida. En particular, la falta de compromiso del cómplice con los valores que fundamentan que esa clase de conductas sean reprochables (por ejemplo, la salud del hijo). En este sentido, la *complicidad hipócrita* sí que menoscaba la legitimidad para reprochar la clase de conductas a la que pertenece el acto favorecido (“tanto no te importará que haya bebido otra botella de vino cuando tú mismo contribuiste a que me bebiera una”). No obstante, ello deriva exclusivamente de la hipocresía, y no de la complicidad.

En todo caso, conviene destacar que *no resulta necesario que el sujeto que emplea la objeción de la complicidad supiera, en el momento de realizar la conducta reprochable, que el cómplice quería que la llevara a cabo*. De ser así, en algunos casos, podría negarse el propio carácter reprochable de la conducta. Por ejemplo, si el padre anima a su hijo adolescente a beber alcohol y después se lo reprocha, el hijo podría afirmar que esa conducta estaba permitida —o, al menos, que él pensaba que estaba permitida dada la actitud previa de su padre— y por tanto no es reprochable (ni por su padre, ni por nadie). No obstante, la objeción de la complicidad —al igual que el resto de objeciones analizadas anteriormente— no niega que una determinada acción sea reprochable, sino la legitimidad del cómplice para reprocharla. Quien formula esta objeción no dice “tu comportamiento previo justifica mi conducta” sino “tu comportamiento previo te impide reprochar mi conducta”. La contradicción que fundamenta la objeción de la complicidad se produce *en el momento del reproche* y no en el momento en que se realiza la conducta reprochable. En este sentido, lo que impide al cómplice efectuar legítimamente un reproche es su comportamiento previo, y no el conocimiento que tuviera del mismo su interlocutor en el momento de realizar la conducta reprochable. Por ello, no resulta necesario que la persona que emplea esta objeción tenga constancia de la voluntad del cómplice en el momento de realizar la conducta reprochable: basta con que la conozca en el momento del reproche. En definitiva, la razón por la que el cómplice no puede reprochar legítimamente es que (sus actos indican que) él quería que el sujeto reprochado actuase como actuó, y no que el sujeto reprochado creyera que él quería que actuase como actuó. En términos informales, la expresión de esta objeción es “tú querías que yo hiciera eso” y no “creía que tú querías que yo hiciera eso”.

Obviamente, cuanto más intensa sea la contribución del cómplice más fuerza tendrá esta objeción y, por tanto, menor legitimidad su reproche¹⁴¹¹. En este sentido, la réplica “*me ordenaste que lo hiciera*”¹⁴¹² tiene más relevancia que la contestación “*me ayudaste a hacerlo*”¹⁴¹³, pues lo primero resulta más incompatible que lo segundo con expresar mediante un reproche “no quería que lo hicieras”. Sin embargo, incluso en el primer caso, la eventual *justificación* de la contribución puede tornar legítimo el reproche. TODD plantea un ejemplo que ilustra de forma muy gráfica esta posibilidad:

Jonas es un comandante nazi que trabaja en un campo de exterminio que, sin embargo, se opone en secreto a dicho régimen. Por ello, hace todo lo que está en su mano para salvar

¹⁴¹¹ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 399.

¹⁴¹² G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 104.

¹⁴¹³ *Ibidem*.

la vida de tantos prisioneros como sea posible, manteniendo su apariencia como nazi comprometido; Jonas piensa (correctamente) que puede salvar muchas más vidas de este modo que oponiéndose abiertamente al régimen. Un día, Jonas escucha rumores de una fuga. Para mantener las apariencias, debe ordenar a alguien que la investigue. Por ello, le ordena a Thomas que indague sobre ello y haga sonar la alarma si detecta que alguien intenta escapar. Jonas elige a Thomas para esta tarea porque cree que, de todas las personas disponibles, él es la más propensa a tener piedad y no hacer sonar la alarma si encuentra a algún prisionero escapando. Sin embargo, al final, Thomas descubre a varios prisioneros escapando y hace sonar la alarma, de tal modo que los prisioneros son capturados y ejecutados¹⁴¹⁴.

En el ejemplo expuesto, Jonas ordena a Thomas hacer saltar la alarma si encuentra algún prisionero escapando. De este modo, contribuye directamente a que Thomas realice algo reprochable (condenar a muerte a varios prisioneros)¹⁴¹⁵. Sin embargo, las razones que justifican su orden —salvar el máximo número de vidas— posibilitan que este pueda reprocharle legítimamente a Thomas la conducta promovida¹⁴¹⁶. Al fin y al cabo, dichas razones tornan compatible su comportamiento previo —ordenar hacer saltar la alarma— con expresar posteriormente “no quería que hicieras saltar la alarma”. Ante la objeción de Thomas a su reproche “tú mismo me ordenaste que hiciera saltar la alarma”, Jonas podría responder “debía ordenártelo para salvar el máximo número posible de vidas, pero eso no significa que lo quisiera”. En este sentido, no todas las contribuciones voluntarias a una conducta reprochable inhabilitan la censura del cómplice: solamente lo hacen aquellas contribuciones injustificadas¹⁴¹⁷. *La justificación de una contribución permite al cómplice conservar su legitimidad para el reproche.* Así, volviendo al relato familiar expuesto al inicio de este trabajo, el padre podría reprochar legítimamente el incumplimiento del hijo si su marcha precipitada de casa —dejando la consola conectada al televisor por haberla utilizado él antes— estuviera motivada por una llamada urgente para llevar a su mujer al hospital. Aunque el padre supiera que ello aumentaba

¹⁴¹⁴ TODD, “Manipulation and Moral Standing: An Argument for Incompatibilism”, cit., pág. 10; EL MISMO, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 9. El supuesto en cuestión se plantea como réplica al siguiente ejemplo de G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 101: “*Mi superior nazi no me podría condenar por hacer lo que me ordena hacer bajo amenaza de muerte, incluso si yo debo desobedecer y aceptar la muerte*”. Vid. también sobre este caso MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, cit., pág. 11.

¹⁴¹⁵ Adviértase que en este ejemplo se da por supuesto que la orden de Jonas no justifica la conducta de Thomas. Es decir, su conducta se presupone reprochable. Lo que discute es si Jonas puede reprocharla legítimamente teniendo en cuenta que la ha ordenado.

¹⁴¹⁶ Además, dichas razones hacen que su propia conducta no sea reprochable y, por tanto, Jonas no sea un hipócrita. En este sentido, TODD, “Manipulation and Moral Standing: An Argument for Incompatibilism”, cit., pág. 10; EL MISMO, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, cit., pág. 9.

¹⁴¹⁷ En contra, KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, cit., pág. 12, sosteniendo que la complicidad justificada también menoscaba la legitimidad para el reproche.

sensiblemente las probabilidades de que su hijo acabara infringiendo la prohibición de jugar a la consola entre semana, ante la eventual réplica del hijo a su censura “tú mismo me dejaste ante una gran tentación”, el padre podría contestarle “sí, pero no te dejé ante ella porque quisiera que jugaras, sino porque debía llevar a tu madre al hospital”. Adviértase que el contenido de esta conversación cambiaría completamente si la marcha precipitada del padre —dejando la consola conectada— fuera un mero pretexto para lograr el castigo de su hijo. En este caso, la falta de justificación de su contribución impediría que el padre pudiera censurar legítimamente el comportamiento de su hijo.

Un último ejemplo más familiar para un penalista: un policía tiene una orden judicial para detener a un mafioso el día de su boda. Debido temperamento de este, el policía sabe perfectamente que al acercarse vestido de uniforme a la iglesia donde se celebra el casamiento el mafioso intentará agredirlo. Incluso, cuando el policía se aproxima a las escaleras de la iglesia, el mafioso le grita exaltado “vete de aquí o recibirás”. Finalmente, tal y como era previsible, antes de que el policía pueda detenerlo, el mafioso intenta agredirlo.

En este supuesto, el policía ha contribuido voluntariamente a que el mafioso intente agredirlo. No obstante, dicha contribución se encuentra justificada por la orden judicial que le impone el deber de detenerlo. Por ello, parece evidente que el policía podría censurar legítimamente el intento de agresión del mafioso aunque lo haya favorecido voluntariamente. Al fin y al cabo, los motivos que justifican su contribución permiten que el policía pueda expresar ante el mafioso, sin contradecirse con sus actos previos, que “no quería que intentaras agredirme”.

Adviértase que la cosa sería diferente si el policía no hubiera tenido orden judicial alguna y se hubiera presentado expresamente en las escaleras de la iglesia con el único propósito de provocar que el mafioso intentara agredirlo. Aquí, su contribución *voluntaria e injustificada* menoscabaría su legitimidad para reprochar la agresión e, incluso, para defenderse de ella. La falta de justificación de su contribución haría que esta fuera incompatible con expresar mediante un reproche “no quería que intentaras agredirme”.

3.4. Tres objeciones: tres presupuestos del reproche

Las tres objeciones expuestas —comunidad, hipocresía y complicidad— se basan en una *contradicción* entre los actos previos de un sujeto y la emisión de un reproche por su parte. El presupuesto de dichas objeciones es que cuando un sujeto le reprocha algo a otro le está diciendo implícitamente “eso es asunto mío”, “el valor menoscabado me importa”, y “no quería que actuaras del modo que actuaste”. La objeción de la comunidad niega que el comportamiento previo de quien emite el reproche sea compatible con el vínculo

(recíproco) que debe existir con su destinatario para afirmar que la conducta de este último es asunto suyo (“no te has comportado como si tuviéramos la clase de relación que hace que eso sea asunto tuyo”). La objeción de la hipocresía hace lo propio respecto al compromiso de quien formula un reproche con los valores afectados (“no te has comportado como si esos valores te importaran”). La objeción de la complicidad niega que el actuar precedente de quien censura una conducta sea compatible con expresar un deseo de que esa conducta no se hubiera llevado a cabo (“no te has comportado como si no quisieras que actuara como actué”). En el fondo, las tres objeciones ponen en duda la *sinceridad* del sujeto que emite el reproche (“estás fingiendo que tenemos la clase de relación que hace que eso sea asunto tuyo, que te importan esos valores, o que no querías que actuara como actué”)¹⁴¹⁸. Esa falta de sinceridad en el momento de expresar el reproche es lo que cuestiona su legitimidad.

Tal y como indica MAÑALICH RAFFO “*en la formulación de un reproche el hablante entabla, sin que esto sea contingente, una pretensión de sinceridad. Esto no implica que el hablante de hecho no pueda estar siendo insincero, pero sí que en este último caso se produce una instrumentalización de la comunicación. Que el autor de un reproche necesariamente entable una pretensión de sinceridad al realizar ese acto quiere decir que el reconocimiento de esta pretensión por parte del oyente es condición indispensable para el éxito ilocucionario de la emisión del hablante*”¹⁴¹⁹. Un reproche debe ser sincero porque su fuerza ilocucionaria deriva de la expresión de ciertas emociones (negativas) como reacción personal a un comportamiento¹⁴²⁰. Precisamente, lo que define un reproche como acto ilocucionario es la actitud reactiva que expresa. En este sentido “*para poder efectivamente reprochar, se debe actuar con sinceridad, es decir, la reacción debe responder efectivamente a la emoción de «reprochar»*”¹⁴²¹. Las tres objeciones expuestas niegan la sinceridad de un reproche porque presuponen que la actitud reactiva que lo caracteriza solamente puede darse ante conductas que son asunto del sujeto que lo formula (comunidad), que menoscaban un valor con importancia para este (hipocresía) y que no eran deseadas por su parte (complicidad).

¹⁴¹⁸ En un sentido amplio, las tres objeciones ponen de manifiesto la hipocresía del sujeto que emite el reproche. En efecto, si tomamos la definición que ofrece la RAE de hipocresía como “*fingimiento de cualidades o sentimientos contrarios a los que verdaderamente se tienen o experimentan*” el sujeto que formula el reproche en los tres casos es un hipócrita. No obstante, aquí se ha preferido reservar el término hipocresía para aludir a la objeción “tú también” (“*tu quoque*”) con el propósito de evitar confusiones, pues la doctrina suele utilizarlo exclusivamente en este sentido.

¹⁴¹⁹ MAÑALICH RAFFO, “La pena como retribución”, cit., pág. 78.

¹⁴²⁰ *Ibidem*.

¹⁴²¹ SZCZARANSKI VARGAS, “El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa”, *Ius et Praxis*, vol. 21, núm. 1, 2015, pág. 188.

Aunque las tres objeciones mentadas se fundamentan en contradicciones diferentes, el comportamiento previo que toman como referencia puede coincidir. En este sentido, una misma conducta puede servir de base simultáneamente a las tres objeciones¹⁴²². Así, por ejemplo, quien anima a un amigo a serle infiel a su pareja con el propósito oculto de provocar su ruptura —y eventualmente ocupar su lugar en la relación sentimental— no puede reprochar legítimamente dicha infidelidad en virtud de las tres objeciones. Su comportamiento previo es incompatible con expresar que esa infidelidad es asunto suyo (“no actúes como si fueras mi amigo”) que esté comprometido con la fidelidad (“no actúes como si ese valor te importara”) y que no quisiera ese acto concreto (“no actúes como si no quisieras lo que hice”). En cambio, otros hechos únicamente servirán de base a una objeción. El ejemplo del padre que deja en la habitación de su hijo una botella de vino rellena de mosto da cuenta de ello¹⁴²³: aquí solamente se niega el deseo del padre de que el hijo no bebiera esa botella, pero no se pone en duda el vínculo familiar, ni el compromiso del padre con la salud de su hijo. En todo caso, las tres objeciones son complementarias y, cuando concurren simultáneamente, ofrecen argumentos adicionales para negar la legitimidad de un reproche¹⁴²⁴.

Por último, conviene señalar que, aunque las tres objeciones puedan tomar como referencia un mismo comportamiento, el alcance de unas y otras difiere notablemente. La objeción de la hipocresía tiene, de acuerdo con la nomenclatura propuesta por TADROS, naturaleza *no relacional*¹⁴²⁵: cualquier sujeto puede esgrimirla frente al hipócrita. Quien emplea esta objeción afirma: “tú no puedes reprocharle esta clase de conductas *a nadie*” (la clase de conductas que el hipócrita también realiza). En este sentido, su alcance no queda circunscrito a un círculo determinado de sujetos. En cambio, las objeciones de la comunidad y la complicidad tienen, de acuerdo con esa misma nomenclatura, naturaleza *relacional*¹⁴²⁶: solo determinados sujetos pueden emplearlas. Por un lado, la objeción de la comunidad únicamente puede ser utilizada por las personas que carecen de un determinado vínculo con el sujeto que emite el reproche. Así, quien emplea esta objeción

¹⁴²² RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 174.

¹⁴²³ Vid. *supra* el apartado 3.3.

¹⁴²⁴ EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 51. Creo que ello explica por qué muchos autores (vid *supra* nota 1397) comparten la intuición de que la objeción de complicidad tiene más fuerza que la objeción de la hipocresía: normalmente la persona que contribuye a que otro realice algo reprochable es, a la vez, cómplice e hipócrita. Por ello, quien niega la legitimidad de la persona que ha contribuido a la conducta que censura suele hacerlo en base a dos objeciones (complicidad e hipocresía). La concurrencia simultánea de ambas ofrece argumentos adicionales para negar la legitimidad de ese reproche.

¹⁴²⁵ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 395. También HOLROYD, “Punishment and Justice”, *Social Theory and Practice*, vol. 36, núm. 1, 2010, pág. 88, emplea una nomenclatura similar.

¹⁴²⁶ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 397.

afirma: “tú no puedes reprocharme esta clase de conductas *a mí*” (la clase de conductas que son un asunto exclusivo de una determinada comunidad). Por otro lado, la objeción de la complicidad queda restringida a un único sujeto: el que ha recibido la contribución del cómplice. Aquí, dicho sujeto le dice al cómplice: “tú no puedes reprocharme esta conducta *a mí*” (la conducta que el cómplice ha favorecido). Al contrario de lo que ocurre con el hipócrita, el sujeto que recibe estas objeciones —comunidad y complicidad— puede censurar legítimamente a algunas personas las mismas conductas que no puede reprocharle a otras. En particular, a aquellas con las que sí tenga el vínculo necesario (comunidad) y a aquellas que no hayan recibido su contribución para realizar la conducta reprochable (complicidad).

4. Comunidad, hipocresía y complicidad en Derecho penal: una aproximación a través de la exclusión social

Las tres objeciones desarrolladas por la filosofía moral —comunidad, hipocresía y complicidad— han recibido una especial acogida en el ámbito del Derecho penal a la hora de abordar una problemática muy particular: *la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales*¹⁴²⁷. Por un lado, mediante la objeción de la comunidad, se ha defendido que la exclusión padecida por estos sujetos quebranta (o debilita) el vínculo necesario —denominado *ciudadanía*¹⁴²⁸— que debe tener el Estado con ellos para castigarlos legítimamente por determinados delitos. Por otro, a través de la objeción de la hipocresía, se ha argumentado que el Estado carece de legitimidad para sancionarlos por aquellas infracciones que, en última instancia, se corresponden con injusticias que él también ha perpetrado. Finalmente, por medio de la objeción de la complicidad, se ha sostenido que las condiciones criminógenas derivadas de las políticas excluyentes de un Estado hacen que este sea corresponsable de algunos de sus delitos y, en consecuencia, no pueda castigarlos legítimamente por ellos.

Como fácilmente puede advertirse, el argumento que se centra en la corresponsabilidad del Estado por determinados delitos de los excluidos sociales para negar la legitimidad de su castigo —acogiendo así la objeción de la complicidad en el ámbito del Derecho penal— puede ser empleado, *mutatis mutandis*, para fundamentar la impunidad del sujeto provocado. En particular, para fundamentar su impunidad por aquellas infracciones promovidas por agentes del Estado. Aquí, la corresponsabilidad del Estado por dichas infracciones sería mucho más directa (y fácil de delimitar) que en el caso de los delitos favorecidos por las condiciones criminógenas que genera la exclusión social.

¹⁴²⁷ En el ámbito hispanohablante destacan los trabajos de SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, págs. 722 y ss.; EL MISMO, *Malum passionis*, cit., págs. 67 y ss.; RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., págs. 170 y ss.; CIGÜELA SOLA, “Aproximación a una dogmática de la exclusión social”, RDPC, núm. 17, 2017, págs. 37 y ss.; EL MISMO, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, Indret, núm. 2, 2017, págs. 9 y ss.; EL MISMO, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., págs. 222 y ss.; BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., págs. 143 y ss. En la doctrina anglosajona las publicaciones sobre este tema son mucho más numerosas. Vid. entre otros, TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., págs. 404 ss.; DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., págs. 136 y ss.; HOLROYD, “Punishment and Justice”, cit., págs. 83 y ss.; WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., págs. 176 y ss.; HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., págs. 37 y ss.; EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., págs. 46 y ss.; DUUS-OTTERSTRÖM/KELLY, “Injustice and the right to punish”, *Philosophy Compass*, vol. 14, núm. 2, 2019, págs. 3 y ss.

¹⁴²⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 71; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 175.

En todo caso, la conexión entre ambos argumentos no ha pasado desapercibida para una parte de la doctrina que se ha ocupado del tema de la exclusión social. En este sentido, resulta sintomático que HOWARD utilice el término *Structural Entrapment* para aludir al problema que genera la exclusión social¹⁴²⁹. También es ilustrativo que SEELMAN aborde conjuntamente ambas cuestiones como formas de dispersión de la responsabilidad penal por “*corresponsabilidad de la instancia de imputación*”¹⁴³⁰. Lo mismo podría decirse de la propuesta de CIGÜELA SOLA consistente en reconducir los dos problemas a lo que él denomina, de forma muy gráfica, “*causas de ilegitimidad de la pena*”¹⁴³¹. De modo muy similar, DUFF también ha sugerido un tratamiento común del *entrapment* y la exclusión social a través de la figura del *estoppel*¹⁴³².

El argumento que se esgrime con más frecuencia para negar (total o parcialmente) la legitimidad del Estado para castigar algunos delitos de los excluidos sociales se corresponde, en esencia, con la objeción de la comunidad: si el Estado no ha tratado a los excluidos sociales como ciudadanos, no puede castigarlos como ciudadanos¹⁴³³. Desde esta perspectiva, la comisión de un delito sería una condición necesaria para que el Estado pueda imponer legítimamente una pena a alguien, pero no una condición suficiente¹⁴³⁴. Según SILVA SÁNCHEZ “*una condición adicional habría de venir dada por el establecimiento de algún vínculo entre el sujeto y el ordenamiento jurídico estatal. De dicho vínculo habría de derivarse, por un lado, el deber del sujeto de someterse a tal ordenamiento jurídico y, por otro lado, la legitimidad del Estado para dirigirle el juicio*”

¹⁴²⁹ HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., pág. 44. Aunque este autor no explicita su postura acerca de las consecuencias que debería comportar el *entrapment* o la exclusión social, sí que sostiene expresamente que ambos fenómenos deberían recibir el mismo tratamiento: “*si el Estado pierde su posición para castigar a aquellos a quienes ha entrapped a mediante una operación encubierta, también debería perder su posición para castigar a aquellos a quienes ha entrapped a través a través de sus estructuras sociales injustas*”.

¹⁴³⁰ SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 220. Adviértase que en SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes”, cit., pág. 825, este mismo autor se pronunciaba (más de 20 años antes) en otro sentido.

¹⁴³¹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 267.

¹⁴³² DUFF, *Answering for Crime*, cit., págs. 183 y ss.; EL MISMO, *Sobre el castigo*, cit., págs. 80 y ss. No obstante, aunque este autor esboza una fundamentación de la impunidad del sujeto provocado que se corresponde con la solución que propone para el tratamiento de la exclusión social —basada en la figura del *estoppel*— en última instancia, expresa dudas sobre su corrección y opta por fundamentar dicha impunidad mediante el argumento de la peligrosidad. Lo mismo hace en DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 135, aunque sin aludir al *estoppel*. Vid. por contra DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., págs. 242 y ss.

¹⁴³³ DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, cit., pág. 29. Tal y como indica CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 223, reconocer como ciudadanos “*a la hora de ser castigados a quienes no lo han sido a la hora de ser socializados, educados o atendidos sanitariamente constituye una negación de los principios básicos de justicia y concretamente de la exigencia de reciprocidad*”.

¹⁴³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 67.

de reproche en caso de no hacerlo”¹⁴³⁵. Así, para poder ser legítimamente sancionado, quien comete un delito no debería tener simplemente la cualidad de persona —presupuesto imprescindible para afirmar la concurrencia de un delito— sino también la de ciudadano¹⁴³⁶. Esta última cualidad se predicaría de todas aquellas personas que tengan un determinado *vínculo político* con el Estado. Dicho vínculo fundamentaría y, a su vez, limitaría la legitimidad del Estado para castigar ciertos delitos. La ruptura o deterioro del vínculo de ciudadanía comportaría, de esta manera, un menoscabo de la legitimidad del Estado para imponer a alguien una pena *en tanto que ciudadano*. Este sería, precisamente, el caso de los excluidos sociales¹⁴³⁷.

¿Qué fundamenta el vínculo de ciudadanía y, por tanto, la legitimidad del Estado para castigar a sus ciudadanos?¹⁴³⁸ Ante esta pregunta se han ofrecido, en esencia, dos respuestas diferentes¹⁴³⁹. La primera vendría dada por la idea de *autolegislación*: la legitimidad del Estado para sancionar a un sujeto por el incumplimiento de una norma provendría de “*la posibilidad de tomar parte, como ciudadano, en el procedimiento*

¹⁴³⁵ SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, cit., pág. 715.

¹⁴³⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 175.

¹⁴³⁷ Obviamente, la exclusión social que padece una persona también puede ser tenida en cuenta para cuestionar el carácter delictivo de su conducta, por ejemplo, valorándola a los efectos de apreciar una situación de estado de necesidad, error de prohibición, etc. Vid. al respecto de estas posibilidades, LORCA, “Pobreza y Responsabilidad Penal”, en *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012, págs. 186 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., págs. 101 y ss.; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 287 y ss. No obstante, la argumentación que se expone en el texto no trata de negar el carácter delictivo de la conducta realizada por un excluido social, sino que, presupuesto dicho carácter, pone en duda la legitimidad del Estado para castigarla. Tal y como indica GARGARELLA, “Cuatro temas y cuatro continuaciones posibles para la teoría penal de Carlos Nino”, cit., pág. 105, dicho planteamiento “*no requiere comprometerse con posiciones polémicas, difíciles de sostener, como las que señalan que los individuos que atraviesan o han atravesado situaciones económicas extremas (porque, por caso, provienen de un –así llamado– rotten social background) no deben considerarse plenamente responsables de sus acciones criminales. Esto es lo que sostuvo o intentó defender una parte de la doctrina penal, a finales de los años 70 (...) Contra tales criterios, uno puede mantener la responsabilidad criminal de un sujeto, frente a las faltas graves que ha cometido, pero sosteniendo al mismo tiempo la pregunta acerca de la autoridad del Estado para hacer determinados reproches*”.

¹⁴³⁸ Adviértase que dicha legitimidad se refiere a la aplicación de una pena concreta, y no a la norma que prevé su imposición. A estos efectos, me parece especialmente pertinente la distinción que señala CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 174 y 175, entre “*dos momentos necesariamente separados de la legitimación en el ámbito penal: (i) el que hace referencia a las normas penales, donde habitualmente se dice que éstas son legítimas formalmente en tanto han sido elaboradas según los procedimientos democráticos establecidos, y materialmente en tanto sirven para la protección de la comunidad (sus bienes jurídicos, sus normas, el orden social, etc.); (ii) y un segundo momento, donde la legitimidad ha de predicarse de la imposición de una pena a un sujeto concreto –por supuesto conforme a aquellas normas–, donde la pregunta ya no relaciona en abstracto a una norma con la comunidad, sino específicamente a un sujeto con la instancia de imputación que pretende responsabilizarle de un hecho*”.

¹⁴³⁹ Vid. con muchos más matices CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 253, desarrollando un concepto multidimensional de ciudadanía.

democrático en el cual se establece y se revisa la validez de la norma”¹⁴⁴⁰. De este modo, el vínculo de ciudadanía se fundamentaría en la democracia¹⁴⁴¹. Una persona sería un ciudadano en tanto que, además de ser destinatario de normas, tuviera también el rol de *autor potencial* de las mismas¹⁴⁴². Es decir, en la medida en que tuviera oportunidad de ejercitar sus derechos de participación para refrendarlas o proponer otras distintas¹⁴⁴³. La segunda respuesta, en cambio, fundamentaría el vínculo de ciudadanía en la idea de *protección*: la legitimidad del Estado para castigar a una persona por el incumplimiento de una norma provendría de la protección que ofrece esa misma norma al infractor¹⁴⁴⁴. Desde esta perspectiva, el Estado solo podría “*calificar como sujetos de responsabilidad —dirigiéndoles un juicio de reproche sobre su conducta— a aquellos sujetos que simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección*”¹⁴⁴⁵. Así, un ciudadano sería aquella persona que se encuentra vinculada a un ordenamiento jurídico en virtud de la protección —negativa y positiva¹⁴⁴⁶— que este le brinda.

Con independencia de si se opta por una u otra respuesta para fundamentar el vínculo de ciudadanía, la exclusión social que padecen determinadas personas puede cuestionar su estatus de ciudadanos. Ya sea por la falta de oportunidades de pronunciarse y adoptar una postura crítica respecto de la norma cuya infracción se le imputa (por haber vivido en condiciones de marginalidad, por no haber sido escolarizado, etc.)¹⁴⁴⁷, o por no haberse beneficiado de la protección (material) que el Estado debería haberles garantizado para “*seguir hablando de una vida en común —comunidad— en la que tienen lugar relaciones*

¹⁴⁴⁰ MAÑALICH RAFFO, “Pena y ciudadanía”, REJ, núm. 6, 2005, pág. 75. En Alemania, los principales defensores de esta postura son GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, págs. 245 y ss.; KINDHÄUSER, “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, págs. 225 y ss.

¹⁴⁴¹ Por ello, según GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, cit., pág. 4, solamente en el marco de un Estado democrático podrían imponerse penas legítimas.

¹⁴⁴² CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 181.

¹⁴⁴³ CIGÜELA SOLA, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, cit., pág. 11. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., págs. 717 y 718, critica esta noción de ciudadanía por corresponderse con un modelo de vigencia personal del Derecho penal, en lugar de con uno de vigencia territorial (como el nuestro) y, además, impedir la atribución de responsabilidad a todos aquellos que carecen, por distintos motivos, del derecho de participación en los procesos de decisión política.

¹⁴⁴⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 206. En Alemania, destaca en este sentido la posición de PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, págs. 85 y ss.

¹⁴⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, cit., pág. 724.

¹⁴⁴⁶ De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., págs. 76 y 79, la protección negativa derivaría del ejercicio igualitario de la coacción legítima y, en cambio, la positiva consistiría en garantizar las condiciones mínimas de vida, sanidad educación y cultura.

¹⁴⁴⁷ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 191.

*jurídicas entre ciudadanos*¹⁴⁴⁸, su exclusión repercutiría directamente en la legitimidad del Estado para castigarlos. Ahora bien, dicho déficit de legitimidad no afectaría de igual modo a todas las clases de delitos que puede realizar un excluido social. A estos efectos, suele distinguirse entre dos tipos de obligaciones penales: “*por un lado, deberes conectados a la noción de dignidad humana o de personalidad, como el respeto a la integridad física y psíquica de los individuos, a la vida, la libertad sexual, etc.; y, por otro lado, deberes conectados con la noción de ciudadanía, donde podríamos incluir toda una serie de delitos que tienen que ver con la propiedad, con el orden y la salud pública o con la seguridad ciudadana*”¹⁴⁴⁹. La pérdida de legitimidad del Estado para sancionar a los excluidos sociales quedaría circunscrita a la infracción de obligaciones penales vinculadas a la noción de ciudadanía —que, en esencia, se corresponden con las conductas *mala quia prohibita*¹⁴⁵⁰— pues “*el propio Estado ha dinamitado el vínculo político que fundamenta dichos deberes*”¹⁴⁵¹. En cambio, respecto a la infracción de deberes vinculados a la noción de dignidad —esto es, el núcleo de las conductas *mala in se*— los excluidos aún podrían ser legítimamente castigados en virtud “*de un juicio vicarial, que el Estado realiza en nombre de toda la comunidad humana*”¹⁴⁵². En este último caso, el excluido no sería sancionado en tanto que ciudadano, sino en tanto que persona.

De todos modos, la determinación de la clase de exclusión social que menoscaba el vínculo de ciudadanía, así como la delimitación de los delitos que solo pueden ser reprochados a un ciudadano —y no a una persona— dependerá, exclusivamente, de cómo se fundamente la propia noción de ciudadanía. Es decir, de cómo se conciba la comunidad que representa el Estado a la hora de reprocharle a alguien una conducta como ciudadano. La configuración del entramado de relaciones (recíprocas) que fundamentan la ciudadanía definirá, por un lado, los derechos que caracterizan a un ciudadano y, por el otro, los deberes que van asociados a dicha condición. Esto es, cuándo alguien debe ser considerado un ciudadano (y cuándo no) y ante qué debe responderse como tal (y ante qué no). La existencia de una *conexión causal* entre la exclusión padecida —que determina el menoscabo del vínculo de ciudadanía— y el delito cuya legitimidad para ser

¹⁴⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 80.

¹⁴⁴⁹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 197. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 68, refiriéndose al primer grupo de obligaciones penales como “*deberes naturales*”. También, DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, cit., pág. 29, efectúa esta misma distinción, aunque no le otorga la misma relevancia que los autores anteriores.

¹⁴⁵⁰ Con matices, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 68.

¹⁴⁵¹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 199.

¹⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 111.

sancionado se pone en duda será, a estos efectos, *irrelevante*. Es decir, que el dato acerca del *potencial criminógeno* de dicha exclusión será intrascendente para determinar si el Estado puede castigar legítimamente a alguien en tanto que ciudadano.

La objeción de la comunidad no requiere que quien efectúa el reproche haya favorecido la conducta censurada. Quien emplea esta objeción contra una persona que, debido a sus constantes desatenciones, ha dejado de tener una relación de amistad con él, no necesita afirmar que dichas desatenciones han promovido la conducta censurada para negar la legitimidad de su reproche. Simplemente, debe poner de manifiesto que su comportamiento previo resulta incompatible con la existencia de una relación de amistad (“no has actuado como si fuéramos amigos”) y que la conducta objeto de su censura solamente es un asunto propio de sus amigos (“esto solo me lo podría criticar alguien que fuera mi amigo”). De este modo, la idoneidad de su objeción depende, únicamente, de cómo se entienda la amistad: por un lado, de cómo se conciban las atenciones se deben mutuamente los amigos y, por el otro, de qué conductas se consideren un asunto exclusivo de las personas que mantienen esta clase de relación (y no de otras con un vínculo menos estrecho). La eventual conexión entre las mentadas desatenciones y la conducta en cuestión podrá ser relevante para otras objeciones —en particular, para la objeción de la complicidad— pero no para negar que esa persona pueda efectuar legítimamente un reproche en tanto que amigo.

Al margen de este último argumento, algún autor ha sugerido que mediante la objeción de la hipocresía también podría negarse la legitimidad del Estado para castigar algunos delitos cometidos por los excluidos sociales. Así, se ha afirmado que existen “*obligaciones que corresponden al Estado en general y a los gobiernos en particular, vinculados con la provisión de bienestar e igualdad para todos los ciudadanos. Si el Estado no satisface esas condiciones previas sería hipócrita en castigar a grupos desaventajados que viven en circunstancias injustas creadas por él*”¹⁴⁵³. No obstante, desde mi punto de vista, cuestionar la legitimidad del Estado para sancionar a los excluidos sociales en base al argumento de la hipocresía resulta inviable por dos razones. En primer lugar, la objeción de la hipocresía requiere una cierta correspondencia entre las conductas que se censuran y las que ha llevado a cabo quien formula el reproche. Dicha correspondencia no existe —o solo existe a un nivel muy abstracto¹⁴⁵⁴— entre los delitos que pueden cometer los excluidos sociales y las políticas excluyentes promovidas por un Estado. El bien jurídico que se reivindica al sancionar, por ejemplo, un hurto o un delito de tráfico de drogas, poco tiene que ver con el valor que puede infringir el Estado mediante el diseño de políticas públicas que favorecen la exclusión de algunos segmentos

¹⁴⁵³ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 147.

¹⁴⁵⁴ MATRAVERS, “Who’s Still Standing?”, cit., pág. 327.

de la población. En todo caso, la eventual correspondencia que pudiera haber entre ambos sería tan genérica —probablemente debería referirse a un concepto tan vago como el respeto a la igualdad¹⁴⁵⁵ o la equidad¹⁴⁵⁶— que también podría hacerse extensible a otras infracciones penales que nada tiene que ver con la exclusión social (delitos fiscales, societarios o contra la administración pública).

En segundo lugar, si se admitiera que determinadas políticas menoscaban la legitimidad del Estado para castigar algunos delitos —por poner de relieve su falta de compromiso con los bienes jurídicos afectados— dicha falta de legitimidad afectaría, no solo a los excluidos sociales, sino a toda la población. Los delincuentes ordinarios e, incluso, los privilegiados también se verían beneficiados por la objeción de la hipocresía¹⁴⁵⁷. Al fin y al cabo, dicha objeción tiene naturaleza *no relacional*¹⁴⁵⁸: cualquiera puede esgrimirla frente al hipócrita¹⁴⁵⁹. Si un excluido social pudiera negar la legitimidad del Estado para castigarlo por un delito de tráfico de drogas poniendo en duda su compromiso con el bien jurídico “salud pública” —por ejemplo, debido a su permisividad con la venta de alcohol y tabaco— cualquier sujeto que traficara con drogas también podría hacerlo¹⁴⁶⁰. En este sentido, la objeción de la hipocresía no es un buen argumento para cuestionar la legitimidad del castigo de los excluidos sociales porque su alcance no puede circunscribirse a los excluidos sociales¹⁴⁶¹.

El mentiroso compulsivo no puede reprochar legítimamente la mentira de otro, aunque ese otro no haya sufrido sus mentiras. Su falta de compromiso con el valor “sinceridad” lo inhabilita para reprocharle a cualquiera esa clase de conductas. A efectos de la objeción de la hipocresía, resulta irrelevante si la persona que recibe su censura ha sido víctima de alguna de sus mentiras. Este dato únicamente podrá ser tenido en cuenta para emplear, adicionalmente, la objeción de la comunidad —por ejemplo, negando que entre ellos exista una relación de amistad debido a la falta de lealtad mostrada mediante sus embustes— o la objeción de la complicidad —por ejemplo, alegando que sus mentiras previas han contribuido a que él también acabara mintiendo—.

Por último, otros autores han tratado de negar la legitimidad del Estado para castigar algunos delitos de los excluidos sociales en base a la objeción de la complicidad. Su

¹⁴⁵⁵ HOLROYD, “Punishment and Justice”, cit., pág. 12.

¹⁴⁵⁶ MATRAVERS, “Who’s Still Standing?”, cit., pág. 327.

¹⁴⁵⁷ EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 48.

¹⁴⁵⁸ Sobre la distinción entre objeciones de naturaleza relacional y no relacional vid. *supra* el apartado 3.4.

¹⁴⁵⁹ RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 175.

¹⁴⁶⁰ Tal y como indica TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 409, una persona rica que comete un delito puede emplear la objeción de la hipocresía en los mismos términos que un excluido social.

¹⁴⁶¹ HOLROYD, “Punishment and Justice”, cit., pág. 12; WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., pág. 178; EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 47.

argumentación podría sintetizarse del siguiente modo: “*la sociedad, a través de sus autoridades jurídicas, ha realizado acciones de gobierno que han causado la situación de exclusión social existente, sabiendo que esta situación aumenta la tasa de delitos por parte de los excluidos. En este sentido, es corresponsable de los daños que estos puedan ocasionar. Como tales, no pueden reprochar a los autores principales imponiéndoles un castigo*”¹⁴⁶². De acuerdo con este planteamiento, el castigo de los excluidos sociales sería ilegítimo cuando sus delitos sean, en alguna medida, corresponsabilidad del Estado¹⁴⁶³. Dicha corresponsabilidad derivaría de aquellas políticas que favorecen la exclusión social y, a su vez, son *criminógenas*¹⁴⁶⁴. El Estado, en tanto que cómplice, carecería de legitimidad para sancionar las infracciones de los excluidos sociales que él mismo ha favorecido mediante la creación de condiciones criminógenas¹⁴⁶⁵. Así, por ejemplo, un Estado que promueve políticas que impiden o dificultan seriamente que un determinado colectivo pueda acceder a una vivienda digna (art. 47 CE) vería menoscabada su legitimidad para castigar un delito de usurpación de bienes inmuebles (art. 245.2 CP) cometido por un miembro de dicho colectivo¹⁴⁶⁶.

Adviértase que, para la objeción de la complicidad, *la exclusión social solo resulta relevante en tanto que sea criminógena*¹⁴⁶⁷. Es decir, en tanto que favorezca la comisión de delitos por parte de los excluidos sociales. Al contrario de lo que ocurriría con el argumento de la ciudadanía —para el cual los efectos criminógenos de la exclusión social son meramente contingentes¹⁴⁶⁸— la objeción de la complicidad requiere acreditar que existe una *conexión* entre la acción del Estado y la infracción del excluido para negar la

¹⁴⁶² RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 175. Empleando exactamente los mismos términos, BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 146, nota 17. Ambos recogen las ideas de TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., págs. 404 y ss.

¹⁴⁶³ Tal y como indica, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 95, nota 241, dicha corresponsabilidad estatal (o social) no menoscabaría la legitimidad del Estado para castigar en virtud de una cuestión de solidaridad, sino de “*competencia compartida por el hecho. La solidaridad social está más allá*”.

¹⁴⁶⁴ TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 405; SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 220; WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., pág. 179.

¹⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 94.

¹⁴⁶⁶ Vid. un ejemplo similar en BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 146.

¹⁴⁶⁷ WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., pág. 179.

¹⁴⁶⁸ Precisamente por ello, DUFF, “Moral and Criminal Responsibility”, cit., pág. 28, prefiere no emplear la objeción de la complicidad para cuestionar la legitimidad del castigo de los excluidos, pues cree que esta no debería depender del dato contingente acerca de los efectos criminógenos de su exclusión. Según este autor, aunque dichos efectos no fueran demostrables, el castigo de los excluidos todavía debería ser considerado ilegítimo.

legitimidad de su castigo¹⁴⁶⁹. El Estado solamente podrá ser considerado cómplice del delito de un excluido social si dicho delito puede serle imputado en alguna medida. Obviamente, determinar cuándo esto último resulta posible no será nada fácil¹⁴⁷⁰. En cualquier caso, para que esta objeción resulte viable será necesario, como mínimo, que el delito del excluido social se haya visto favorecido por alguna política del Estado con efectos criminógenos —lo cual debería poder constatarse empíricamente¹⁴⁷¹— y, además, que dichos efectos fueran previsibles¹⁴⁷². A partir de aquí, cuanto más estrecha sea la relación entre la acción del Estado y el delito del excluido, más fácil será cuestionar la legitimidad de su castigo¹⁴⁷³. Y viceversa.

Ahora bien, no toda política que genere (previsiblemente) efectos criminógenos pondrá en duda la legitimidad del Estado para castigar los delitos promovidos por ella. De lo contrario, dicha legitimidad podría verse cuestionada en relación con muchos delitos ajenos a un contexto de exclusión social. En este sentido, muchas políticas estatales tienen efectos criminógenos: subir los impuestos aumenta el riesgo de que las grandes fortunas lleven a cabo delitos fiscales¹⁴⁷⁴; permitir la circulación de vehículos favorece la comisión de delitos contra la seguridad del tráfico; mejorar las condiciones laborales de un colectivo incrementa las posibilidades de que los empresarios realicen delitos contra los derechos de los trabajadores. Sostener que la legitimidad del Estado para sancionar estos

¹⁴⁶⁹ WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., pág. 183, admitiendo que acreditar dicha conexión plantea problemas probatorios que hacen más complejo apreciar esta objeción que cualquiera de las demás. En este sentido, DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 137, señala que este planteamiento obliga a afrontar “*algunas preguntas difíciles sobre el alcance de la responsabilidad por los efectos previsibles de una conducta incorrecta*”.

¹⁴⁷⁰ BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, cit., pág. 155.

¹⁴⁷¹ HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., pág. 37.

¹⁴⁷² Obviamente, las políticas excluyentes de un Estado no tienen como objetivo promover la delincuencia de los excluidos. Tal y como indica EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, cit., pág. 49, aunque una determinada medida estatal favorezca la exclusión y, con ello, la criminalidad de los excluidos “*rara vez será plausible suponer que el Estado pretende fomentar el crimen entre las víctimas de la injusticia social en el sentido de que subjetivamente lo desea o tiene como objetivo lograrlo*”. También TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 405, señala que “*solo los teóricos de la conspiración creen que nuestros líderes políticos, al perpetrar injusticias económicas contra los pobres, pretenden que los pobres cometan crímenes*”. En este sentido, la relación subjetiva propia de la complicidad del Estado en los crímenes de los excluidos oscilaría, como máximo, entre el dolo eventual y la imprudencia. Lo primero ha sido sostenido por SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 95, al entender dicha complicidad como la propia “*de un interviniente por omisión que, con dolo eventual, no ha neutralizado un riesgo delictivo*”. Lo segundo ha sido defendido por HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., pág. 37, mediante su equiparación del *Structural Entrapment* con la complicidad imprudente. En cualquiera de los dos casos, ello supone condicionar la pérdida de legitimidad del Estado a que, como mínimo, los efectos criminógenos de sus políticas excluyentes fueran previsibles.

¹⁴⁷³ La relación entre la política excluyente de un Estado y el delito de un excluido social me parece particularmente intensa cuando este puede ser entendido como una “*lucha por el derecho y no contra el derecho*” (CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 260). Es decir, cuando el delito en cuestión trate directamente de revertir la situación de exclusión injustamente promovida por el Estado.

¹⁴⁷⁴ HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., pág. 32.

delitos se ve menoscabada en virtud de su complicidad resulta, a todas luces, absurdo. A diferencia de lo que ocurre con las acciones del Estado que fomentan la exclusión social, las políticas mentadas *se encuentran justificadas*. Por ello, aunque tengan efectos criminógenos, no menoscaban la legitimidad del Estado para castigar los delitos cuya comisión favorecen. Esto último solo ocurrirá cuando sus políticas criminógenas —por ejemplo, las excluyentes— carezcan de justificación¹⁴⁷⁵. Es decir, cuando el Estado *contribuya de forma injustificada* a los delitos que después pretende reprochar.

Al contrario de lo que ocurre con el argumento de la ciudadanía, la objeción de la complicidad no puede circunscribir su alcance *apriorísticamente* a las infracciones vinculadas a la noción de ciudadanía (*mala quia prohibita*) y excluir sus efectos de los delitos vinculados a la noción de dignidad (*mala in se*). Dicha distinción tiene sentido cuando se trata de determinar qué delitos pueden serle reprochados a alguien en tanto que ciudadano (y qué delitos no). Sin embargo, carece de relevancia para establecer *a priori* qué infracciones pueden ser corresponsabilidad del Estado. Así, por ejemplo, no puede descartarse que mediante esta objeción se cuestione la legitimidad del Estado para castigar un delito de homicidio. Ahora bien, indudablemente, la conexión entre las políticas excluyentes de un Estado será más fácil de establecer respecto a los delitos vinculados a la noción de ciudadanía. Tal y como indica CIGÜELA SOLA, “*a diferencia de lo que ocurre con las prohibiciones relativas a la dignidad, los deberes ciudadanos no se reconocen por intuición moral sino por el ejercicio efectivo de los derechos asociados a dicho estatus, mediados por una procesos de socialización complejos*”¹⁴⁷⁶. En tanto que la exclusión social afecta especialmente a dichos procesos de socialización complejos, su conexión con las conductas *mala quia prohibita* será más sencilla de determinar. En cambio, aunque la posibilidad de vincular conductas *mala in se* con la exclusión social no puede descartarse —pues esta favorece el recurso a métodos violentos como vía de resolución de conflictos— la relación entre ambas tendrá, en todo caso, menor intensidad. De este modo, aunque sea por razones contingentes, la objeción de la complicidad podrá cuestionar con mayor facilidad la legitimidad del Estado para sancionar a los excluidos por delitos vinculados a la noción de ciudadanía.

De todas formas, tanto el argumento de la ciudadanía como la objeción de la complicidad plantean múltiples dificultades a la hora de delimitar cuándo y en qué medida se ve

¹⁴⁷⁵ Tal y como indica WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, cit., pág. 183, determinar cuándo una política criminógena está justificada no resulta una tarea sencilla, pues ello dependerá, en gran parte, de las distintas opiniones políticas que tengan los miembros de una sociedad. No obstante, creo que dentro de esa pluralidad de opiniones —y teniendo en cuenta el marco axiológico que ofrece la Constitución— pueden alcanzarse consensos sobre el carácter injustificado de determinadas políticas criminógenas que fomentan la exclusión social.

¹⁴⁷⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 199.

menoscabada la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos. En el primer caso, el principal problema radica en la *fundamentación* del vínculo de ciudadanía que, por un lado, determina la clase de exclusión que puede negar su existencia y, por el otro, los delitos que solo pueden ser reprochados a un ciudadano. En el segundo, lo más complejo es definir el grado de *conexión* necesario entre una política excluyente y un delito para estimar relevante la corresponsabilidad del Estado. Quizás esto último genere más dificultades que lo primero y, por ello, resulte más viable la objeción de la ciudadanía. Sin embargo, ambas objeciones no son, en absoluto, incompatibles. Desde mi punto de vista, su eventual concurrencia simultánea puede ofrecer argumentos adicionales para cuestionar la legitimidad del castigo de un excluido¹⁴⁷⁷. Así, la exclusión que pueda poner en duda el vínculo de ciudadanía de un sujeto será más relevante a la hora de cuestionar la legitimidad del Estado para sancionarlo si, además, el delito que ha cometido ha sido favorecido por dicha exclusión. En cualquier caso, excede del propósito de estas líneas determinar la medida en que esto podría ser así y, sobre todo, los concretos efectos jurídicos que deberían aparejarse a ello. A los efectos de este trabajo, lo que interesa es, simplemente, poner de manifiesto que los argumentos propios de la filosofía moral expuestos anteriormente pueden ser —y, de hecho, son— empleados en el ámbito del Derecho penal. En particular, importa resaltar que la objeción de la complicidad puede llegar a negar la legitimidad del Estado para castigar un delito del que es corresponsable. A continuación, se expondrá cuál es el presupuesto que lo permite.

¹⁴⁷⁷ Similar, TADROS, “Poverty and criminal responsibility”, cit., pág. 405.

5. La pena como expresión de reproche y las precondiciones de la responsabilidad penal

La posibilidad de cuestionar la legitimidad del Estado para imponer una pena en base a cualquiera de las tres objeciones expuestas —comunidad, hipocresía o complicidad— depende de una determinada premisa: que la pena se entienda, en alguna medida, como la expresión de un reproche. Esto es, que mediante la pena el Estado exprese una actitud reactiva de desaprobación o censura respecto al autor del delito. En tanto que esto sea así, su legitimidad podrá ser puesta en duda cuando el comportamiento previo del Estado sea incompatible con dicha expresión. Es decir, cuando el Estado incumpla alguna de las condiciones que presupone un reproche en el sujeto que lo formula. Dichas condiciones, denominadas por DUFF *precondiciones de la responsabilidad penal*¹⁴⁷⁸, no tienen que ver con la *utilidad* de la pena o el *merecimiento* del sujeto al que se dirige, sino con la capacidad del Estado de expresar mediante ella censura o desaprobación.

En los últimos años, muchos autores han hecho hincapié en esta dimensión simbólico-comunicativa de la pena —su expresión como reproche— para fundamentar (total o parcialmente) su imposición¹⁴⁷⁹. Así, para FEINBERG la justificación de la pena se basa en su capacidad para “*expresar actitudes de resentimiento e indignación, así como juicios de desaprobación y reproche, por parte de la autoridad que castiga y de aquellos en cuyo nombre se inflige el castigo*”¹⁴⁸⁰. Siguiendo a este autor, VON HIRSCH sostiene que no puede darse cuenta del significado de la pena sin aludir al componente expresivo de la censura que subyace a su imposición¹⁴⁸¹. Este aspecto también tiene una importancia central en el planteamiento de DUFF, que concibe el enjuiciamiento penal como un proceso comunicativo, y la pena como una comunicación institucional de censura que pretende hacer comprender a su destinatario la incorrección de su comportamiento¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁸ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 73.

¹⁴⁷⁹ Para una visión general sobre las denominadas “teorías expresivas de la pena” vid. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena: Una justificación deontológica de la pena como institución”, *Indret*, núm. 4, 2014, págs. 16 ss; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 42 y ss.

¹⁴⁸⁰ FEINBERG, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970, pág. 98.

¹⁴⁸¹ VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1985, pág. 52.

¹⁴⁸² DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., págs. 79 y 80. Este autor prefiere hablar de comunicación que de expresión, pues lo primero presupone un entendimiento (racional y recíproco) entre dos partes, mientras que lo segundo no requiere necesariamente un receptor y, si lo hay, este aparece como un mero objeto pasivo. Críticamente con esta noción de comunicación asociada a la pena, ENGEN, “Communication, Expression, and the Justification of Punishment”, *Athens Journal of Humanities and Arts*, vol. 1, núm. 4, 2014, pág. 301, por su imposibilidad de dar cuenta del castigo de los infractores que no se muestran receptivos al mensaje que este transmite (“*Unreceptive Wrongdoer*”).

En la misma línea, KINDHÄUSER considera que “*lo específico de la pena criminal se halla en un reproche ético-jurídico*”¹⁴⁸³ y, sobre esta base, MAÑALICH RAFFO la entiende como un “*acto ilocucionario institucionalmente ligado*” que se corresponde con la adopción de una actitud reactiva frente a alguien que es reconocido como (co)agente moral¹⁴⁸⁴.

En todo caso, conviene destacar que entender la pena como expresión de un reproche no presupone una fundamentación retribucionista de la misma¹⁴⁸⁵. Es decir, no prejuzga un determinado posicionamiento ante la dicotomía entre teorías retributivas (deontológicas) o preventivas (consecuencialistas) de la pena¹⁴⁸⁶. Tal y como indica RODRÍGUEZ HORCAJO “*el concepto de expresividad no lleva necesariamente a uno de esos dos extremos, sino que los diferentes autores que han defendido esta aproximación, lo han hecho con una visión más o menos (o nada) consecuencialista. Es cuestión de entender que el reproche que va aparejado inescindiblemente a la pena se impone por el simple merecimiento o porque ayuda a conseguir objetivos ajenos a la propia pena*”¹⁴⁸⁷. Quizás una teoría de la pena basada exclusivamente en la prevención tenga más dificultades para incorporar en su fundamentación este componente expresivo¹⁴⁸⁸, pero cualquier formulación mixta (o

¹⁴⁸³ KINDHÄUSER, “Personalidad, culpabilidad y retribución: de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pág. 3. Vid. también GÜNTHER, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2002, págs. 205 y ss.

¹⁴⁸⁴ MAÑALICH RAFFO, “La pena como retribución”, cit., págs. 79 y 88.

¹⁴⁸⁵ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pág. 27. Prueba de ello es que tanto FEINBERG como VON HIRSCH (e incluso el propio DUFF) introducen consideraciones preventivas en sus respectivas fundamentaciones de la pena. Vid. al respecto SZCZARANSKI VARGAS, “El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa”, cit., págs. 186 y ss. En contra de la compatibilidad entre expresión de reproche y prevención, MAÑALICH RAFFO, “La pena como retribución”, cit., pág. 76: “*si la imposición de la pena constituye una modalidad de expresión de desaprobación o reproche, la pena no puede ser impuesta para que a través de la expresión de reproche el propio sujeto penado o la generalidad de las personas sean intimidados, o éstas vean reforzada su disposición a cumplir con las normas vigentes, etc. Una expresión de reproche hecha para la obtención de determinadas consecuencias por definición deja de constituir un reproche, aun cuando se lo presente como tal y haya base para el mismo*”.

¹⁴⁸⁶ Sobre la distinción, propia del Derecho penal continental, entre teorías retributivas y preventivas, y su vinculación con la división, asentada en la ética normativa contemporánea, entre teorías deontológicas y consecuencialistas, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento?”, cit., pág. 419.

¹⁴⁸⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pág. 43.

¹⁴⁸⁸ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 244, estima que para ello una teoría de la prevención “*tendrá que huir de sus versiones puras*”. En el mismo sentido, RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 181, indica que “*el prevencionista busca la protección social y no es claro que la actividad de proteger u obtener un determinado resultado socialmente agregado requiera tener determinada autoridad moral. Parece bastar con un permiso, que surge del deber consecuencialista de obtener el resultado moralmente óptimo. Una teoría consecuencialista es, de hecho, reacia a incorporar consideraciones retrospectivas, tales como el record moral de aquel que impone el castigo*”. También, VON HIRSCH, *Past or future crimes*, pág. 52, en base a un experimento mental (“*Gedankenexperiment*”) en el que imagina un sistema de justicia que castiga los crímenes de la manera más neutral posible, sostiene que un prevencionista puro tendría dificultades para argumentar por qué esa falta de expresividad diluye los efectos intimidatorios de la pena (al menos respecto de las conductas *mala in se*).

“dialéctica”) podrá hacerlo sin grandes problemas¹⁴⁸⁹. En este sentido, legitimar la pena (aunque sea parcialmente) por su capacidad para expresar censura o desaprobación —y no solo para retribuir o prevenir— resulta compatible con una teoría absoluta o relativa de la misma y, en cierta medida, supera la tradicional división tajante entre ambas¹⁴⁹⁰.

Reconocer que la legitimidad de la pena depende, en parte, de su capacidad para expresar un reproche supone admitir que un castigo penal *útil y merecido* puede ser, a su vez, *ilegítimo*. Esto último ocurrirá cuando el Estado, debido a su comportamiento previo, no se encuentre en condiciones de expresar censura o desaprobación ante una determinada conducta. Esto es, cuando la actitud reactiva que caracteriza un reproche sea contradictoria con las propias acciones del Estado. Aquí, el arsenal teórico que ofrecen las objeciones desarrolladas por la filosofía moral resulta especialmente útil. Al fin y al cabo, dichas objeciones se corresponden (negativamente) con distintas condiciones que debe cumplir un sujeto (aquí, el Estado) para reprochar una conducta reprochable (aquí, un delito). Adviértase que dichas condiciones no determinan qué conductas son reprochables —esto es, qué conductas son delictivas— sino cuándo estas pueden ser reprochadas por el Estado. Por ello, me parece especialmente ilustrativo denominarlas, siguiendo la nomenclatura propuesta por DUFF, *precondiciones de la responsabilidad penal*¹⁴⁹¹. A diferencia de las condiciones de la responsabilidad penal —que delimitan cuándo alguien es responsable de un delito— las precondiciones de dicha responsabilidad determinan cuándo alguien debe responder de un delito ante el Estado. Es decir, cuándo el Estado puede responsabilizar a alguien por un hecho que, por ser penalmente antijurídico y personalmente imputable, cumple con las condiciones de la responsabilidad

¹⁴⁸⁹ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pág. 82. En este sentido, resulta sintomático que JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 70, afirme que la pena es, en cuanto a su naturaleza (aunque no en cuanto a su justificación), un “juicio de valor público de carácter ético-social que se realiza al autor (...) la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable”. También C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 99, sostiene que “en el castigo reside un «reproche ético-social»”. Del mismo modo, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 208, alude al “grave reproche ético-social que caracteriza a la pena criminal”. Adviértase que, si el concepto o la naturaleza de la pena se asocia a la expresión de un reproche, ello deberá tener consecuencias en su fundamentación, pues “las instituciones jurídicas no tienen esencia alguna independiente de sus fines, sino que esa esencia se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse” (C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 98).

¹⁴⁹⁰ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pág. 89; PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, cit., pág. 2; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, cit., pág. 43.

¹⁴⁹¹ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 73. En cambio, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 107, prefiere denominarlas “precondiciones de la legitimidad del juicio estatal de atribución de responsabilidad penal”. Por otro lado, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 170, se refiere a ellas como “condiciones externas de la imputación”, diferenciándolas así de las “condiciones internas de la imputación” que se corresponderían con “aquellas que se refieren a la motivabilidad del autor dada una determinada situación socio-personal”.

penal. Esta distinción entre condiciones y precondiciones de la tiene la virtud de poner al descubierto el *carácter relacional* de la responsabilidad penal.

La propia etimología de la palabra “responsabilidad” pone de manifiesto su carácter relacional: en castellano, proviene del término “respuesta”; en latín, de “*respondeo*”; en alemán, de “*ver-antworten*”¹⁴⁹². Una persona es responsable de algo en tanto que debe responder de ello ante alguien¹⁴⁹³. Ser responsable de X consiste en poder ser llamado a responder, por alguien, de X¹⁴⁹⁴. No se es responsable de algo en abstracto, sino de algo *ante alguien*. La responsabilidad es relacional en el sentido de que se constituye por un vínculo entre un sujeto y un objeto del cual este es responsable, y un cuerpo ante el cual el sujeto es responsable del objeto¹⁴⁹⁵. De acuerdo con la terminología de DUFF, las condiciones de la responsabilidad se ocuparían exclusivamente de la relación entre el sujeto y el objeto, mientras que las precondiciones se centrarían en el vínculo con el cuerpo llamado a hacerlo responder. Así, las primeras determinarían *quién debe responder de qué*, y las segundas *quién debe responder de qué ante quién*¹⁴⁹⁶. En el ámbito de la responsabilidad penal, ello se concretaría en las respectivas preguntas de, por un lado, *¿quién es penalmente responsable de un delito?* y, por el otro, *¿quién es penalmente responsable de un delito ante el Estado?*¹⁴⁹⁷

Si se admite que la pena expresa un reproche, y que la expresión de un reproche presupone ciertas condiciones en la entidad que lo formula, el incumplimiento de dichas (pre)condiciones por parte del Estado menoscabará su capacidad para expresar censura o desaprobación y, por tanto, para imponer legítimamente una pena¹⁴⁹⁸. Sobre la base de

¹⁴⁹² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 108.

¹⁴⁹³ En este sentido, DUFF, *Sobre el castigo*, cit., 72, sostiene que la responsabilidad no debería concebirse como un estado o condición, sino como un proceso o actividad.

¹⁴⁹⁴ MAÑALICH RAFFO, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, cit., pág. 177.

¹⁴⁹⁵ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 97; EL MISMO, “Responsibility and Reciprocity”, 778.

¹⁴⁹⁶ Tal y como indica SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 109, en “*el marco de esta visión relacional cabe que, en un contexto dado, una determinada conducta le resulte exigible a alguien por parte de otro; y que esa misma conducta, en el mismo contexto, no le resulte exigible por un tercero. Desde esta perspectiva, los argumentos filosófico-morales de la hipocresía y de la participación (...) cobran una fuerza adicional*”.

¹⁴⁹⁷ DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 179, critica que tradicionalmente el Derecho penal solo se haya ocupado de la primer pregunta —¿quién es responsable de qué?— y el Derecho procesal penal se haya centrado en la cuestión de “*cómo llega exactamente a atribuirse responsabilidad penal a quienes son responsables*” (DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 71). Según este autor, la excesiva separación entre ambas disciplinas ha favorecido que el problema de las precondiciones de la responsabilidad penal haya recibido una atención insuficiente en la doctrina. Vid. REDMAYNE, “Theorizing the criminal trial”, *New Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2009, pág. 302. En este sentido, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 178, reivindica que “*la teoría de la pena y del delito no sólo debería centrarse en lo que se dice (el carácter comunicativo del delito o la pena) y a quién se dice (el sujeto infractor), sino además en la pregunta de quién lo dice y en qué condiciones (morales o políticas) puede legítimamente decirlo*”.

¹⁴⁹⁸ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pág. 29; RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, cit., pág. 173; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 244.

este planteamiento resulta posible negar la legitimidad del Estado para castigar una conducta delictiva acreditada mediante pruebas lícitas. Ello abre la puerta a cuestionar, en algunos casos, la responsabilidad penal de los excluidos sociales *ante el Estado* y, en lo que aquí interesa, permite fundamentar la impunidad del sujeto provocado por determinados delitos promovidos *por un agente provocador estatal*. En lo que sigue, se delimitará dicha impunidad a partir de los presupuestos teóricos desarrollados por la filosofía moral al tratar la *objeción de la complicidad*¹⁴⁹⁹. En particular, se defenderá que una precondition de la responsabilidad penal —esto es, una condición para que el Estado pueda expresar censura o desaprobación— es que el delito que se reprocha *no haya sido favorecido voluntaria e injustificadamente por una conducta imputable al Estado*.

¹⁴⁹⁹ Vid. *supra* el apartado 3.3.

6. La objeción de la complicidad como fundamento de la impunidad del sujeto provocado

La fundamentación de la *objeción de la complicidad* desarrollada por la filosofía moral proporciona la base teórica necesaria para dotar de contenido al argumento de la legitimidad. Recuérdese que dicha objeción niega la legitimidad de un sujeto para reprochar una conducta reprochable *favorecida por él mismo injustificadamente*. De este modo, delimita su alcance a partir de tres requisitos: 1) que se haya *favorecido* la conducta reprochable; 2) por parte del *mismo sujeto* que efectúa el reproche; 3) de forma *no justificada*. Sobre la base de estos requisitos, el argumento de la legitimidad puede ser reformulado en los siguientes términos: *el Estado carece de legitimidad para castigar aquellos delitos favorecidos por un agente provocador estatal de manera injustificada*. De acuerdo con esta fundamentación, la impunidad del sujeto provocado quedaría delimitada mediante tres elementos: 1) la *provocación* de un delito; 2) la *imputación* al Estado de dicha provocación; 3) la *falta de justificación* de la provocación. Mediante estos tres elementos pueden trazarse con claridad los límites de la impunidad del sujeto provocado y, a su vez, solventarse todas las controversias jurisprudenciales expuestas en la primera parte de este trabajo. A continuación, se adelantarán las principales conclusiones que se derivan de este planteamiento.

En primer lugar, el elemento de la *provocación* circunscribe la impunidad del sujeto provocado a aquellos delitos que han sido *favorecidos voluntariamente* por un agente provocador. Este criterio torna irrelevante el dato acerca de quién ha tomado la *iniciativa delictiva*¹⁵⁰⁰ y cuál es la *peligrosidad del autor*¹⁵⁰¹, ya que la realización de un delito ideado por un sujeto peligroso puede ser, de todas formas, favorecida voluntariamente por un agente provocador. Del mismo modo, excluye la absolución del sujeto provocado por aquellas *infracciones descubiertas*¹⁵⁰² a través del delito que debe quedar impune, pues su comisión, al ya haberse consumado con anterioridad, no resulta favorecida mediante la provocación. Lo mismo ocurre con los *excesos*¹⁵⁰³ del sujeto provocado, dado que su eventual favorecimiento por parte del agente provocador no sería, en todo caso, voluntario.

En segundo término, el elemento de la *imputación* al Estado limita las provocaciones que comportan la impunidad del sujeto provocado a aquellas realizadas por un *agente*

¹⁵⁰⁰ Apartado 6.1.1 del capítulo II.

¹⁵⁰¹ Apartado 6.1.2 del capítulo II.

¹⁵⁰² Apartado 6.2.1 del capítulo II.

¹⁵⁰³ Apartado 6.2.2 del capítulo II.

provocador estatal. Ello excluye directamente la posibilidad de absolver al sujeto provocado cuando la provocación provenga de un *particular*. Pero, además, también impide que determinadas provocaciones efectuadas por *funcionarios* conlleven dicha consecuencia. En particular, aquellas provocaciones que se encuentren *penalmente prohibidas*. Es decir, las que sean típicamente antijurídicas. Aunque dichas provocaciones sean realizadas por funcionarios públicos, en tanto que se encuentran prohibidas por el propio Estado, no serán atribuibles a él. Cuando esto ocurra, el funcionario en cuestión no tendrá la condición de agente provocador estatal. De esta forma, las provocaciones antijurídicas que, precisamente por ser típicas, suponen un *riesgo para el bien jurídico protegido*¹⁵⁰⁴, no comportarán la impunidad del sujeto provocado. Además, la imposibilidad de apreciar una provocación atípica a un delito de *peligro presunto*¹⁵⁰⁵ implicará que, ante esta clase de infracciones, todas las provocaciones no justificadas sean antijurídicas y, por tanto, conlleven el castigo del sujeto provocado.

Por último, el elemento de la *falta de justificación* limita las provocaciones de un agente provocador estatal que conllevan la impunidad del sujeto provocado a aquellas que *no se encuentren expresamente amparadas por el ordenamiento jurídico*. Dado que la simple concurrencia de *sospechas previas*¹⁵⁰⁶ no justifica una provocación, este dato será, por sí mismo, irrelevante. En cambio, si dichas sospechas han motivado la concesión del plázet previsto en el art. 282 bis LECrim, la provocación (típica) amparada por dicho precepto de un *agente encubierto*¹⁵⁰⁷ o un *agente encubierto informático*¹⁵⁰⁸ no comportará la impunidad del sujeto provocado. Del mismo modo, si las mentadas sospechas se plasman en la autorización prevista en el art. 263 bis LECrim, la provocación (atípica) derivada de una *entrega vigilada*¹⁵⁰⁹ también será compatible con la punición del sujeto provocado.

De acuerdo con el esquema esbozado, las *provocaciones atípicas no justificadas* realizadas por un funcionario público serán las únicas que comportarán la impunidad del sujeto provocado. En cambio, las *provocaciones típicas no justificadas*, por ser antijurídicas y, en consecuencia, estar penalmente prohibidas, no serán imputables al Estado aunque hayan sido realizadas por un funcionario y, por ello, conllevarán el castigo del sujeto provocado. Por otro lado, tanto las *provocaciones típicas justificadas* (agente encubierto) como las *provocaciones atípicas justificadas* (entrega vigilada), aunque sean imputables al Estado

¹⁵⁰⁴ Apartado 6.3.1 del capítulo II.

¹⁵⁰⁵ Apartado 6.3.2 del capítulo II.

¹⁵⁰⁶ Apartado 7 del capítulo II.

¹⁵⁰⁷ Apartado 8.1.2.4 del capítulo IV.

¹⁵⁰⁸ Apartado 8.1.3 del capítulo IV.

¹⁵⁰⁹ Apartado 8.2 del capítulo IV.

—en tanto que no son antijurídicas— se encuentran expresamente amparadas por el ordenamiento jurídico y, por ende, no comportarán la impunidad del sujeto provocado.

Los límites de la impunidad del sujeto provocado que derivan de los tres elementos expuestos —provocación, imputación y falta de justificación— no son, en realidad, muy diferentes a los que definen los tres requisitos —subjetivo, teleológico y material— de la construcción jurisprudencial del delito provocado¹⁵¹⁰. A pesar de ello, existen diferencias relevantes entre ambas delimitaciones. Por un lado, el elemento de la *provocación* es más amplio que el requisito *subjetivo* del delito provocado. El primero abarca cualquier *favorecimiento voluntario* de un delito, mientras que el segundo reduce su ámbito a las *incitaciones dirigidas a quien no está decidido a delinquir*. Así, todas aquellas contribuciones materiales (activas u omisivas) dirigidas a un *sujeto ya decidido a delinquir* quedarían incluidas en el primero, pero no en el segundo. Por otro lado, el elemento de la *imputación* es más restrictivo que los requisitos *teleológico* y *material* del delito provocado. El primero limita la impunidad del sujeto provocado a las provocaciones realizadas por *funcionarios públicos* que, además, no sean *penalmente antijurídicas*. En cambio, los segundos solamente exigen que las incitaciones persigan el propósito de *obtener el castigo* del sujeto provocado (requisito teleológico) y que *no pongan el riesgo el bien jurídico* protegido (requisito material). De este modo, las actuaciones de *particulares* nunca quedarán abarcadas por el elemento de la imputación, mientras que pueden cumplir perfectamente el requisito teleológico del delito provocado. Por último, el elemento de la *falta de justificación* introduce una restricción adicional —inexistente en el delito provocado— cuyo principal efecto es impedir que ciertas provocaciones que no constituyen incitaciones (entregas vigiladas) y determinadas provocaciones que ponen en riesgo el bien jurídico (agente encubierto) comporten la impunidad del sujeto provocado.

Al comparar los límites derivados de estos tres elementos con los propios del resto de construcciones jurisprudenciales analizadas en este trabajo, se pone de manifiesto que, al contrario de lo que ocurre con la mayoría de ellas, el *criterio de la peligrosidad*¹⁵¹¹ y el *criterio del estado mental*¹⁵¹² resultan irrelevantes. En este sentido, el elemento de la provocación no queda condicionado a ningún pronóstico de peligrosidad, ni incorpora referencia alguna a la predisposición del sujeto provocado o al origen de su decisión delictiva. Algo similar ocurre con el *criterio de las sospechas*¹⁵¹³ que, por sí mismo, no

¹⁵¹⁰ Apartado 1 del capítulo II.

¹⁵¹¹ Apartado 7.1.1 del capítulo III.

¹⁵¹² Apartado 7.1.2 del capítulo III.

¹⁵¹³ Apartado 7.1.4 del capítulo III.

tiene ninguna trascendencia para delimitar la impunidad del sujeto provocado. No obstante, en tanto que la concurrencia de sospechas previas es un presupuesto imprescindible para justificar cualquier provocación (arts. 263 bis y 282 bis LECrim) dicho criterio puede estimarse integrado —como condición necesaria no suficiente— en el elemento de la falta de justificación. En cambio, el *criterio de la condición personal*¹⁵¹⁴ queda directamente incorporado en el elemento de la imputación, pues este exige que la provocación sea llevada a cabo por un funcionario público. Del mismo modo, el *criterio del riesgo para el bien jurídico*¹⁵¹⁵ queda integrado en ese mismo elemento, pues la imputación al Estado requiere que la provocación no sea típicamente antijurídica y, precisamente, las provocaciones que no ponen en riesgo el bien jurídico son atípicas.

No obstante, adviértase que el criterio del riesgo para el bien jurídico no es relevante por sí mismo, sino solo en tanto que determina la tipicidad de la provocación. Ello tiene tres consecuencias importantes. En primer lugar, que la perspectiva desde la que debe valorarse su concurrencia es la del agente provocador, y no la del sujeto provocado. En segundo lugar, que en función de la clase de infracción favorecida —tentativa¹⁵¹⁶, infracción con elementos subjetivos del injusto¹⁵¹⁷, o delito de peligro¹⁵¹⁸— dicho riesgo se plasmará en distintos requisitos típicos. En tercer lugar, que las provocaciones que pongan en riesgo un bien jurídico propio del agente provocador¹⁵¹⁹, en tanto que serán atípicas, podrán conllevar la impunidad del sujeto provocado.

En todo caso, el fundamento que sustenta la delimitación esbozada —que será desarrollada a continuación— es que el favorecimiento voluntario e injustificado de una conducta por parte de un agente provocador estatal menoscaba la capacidad del Estado para expresar censura o desaprobación ante ella y, por tanto, para castigarla legítimamente¹⁵²⁰. La razón por la que, en estos casos, el Estado no puede expresar un reproche a través de la pena es que, al hacerlo, incurriría en una *contradicción*¹⁵²¹. En

¹⁵¹⁴ Apartado 7.1.5 del capítulo III.

¹⁵¹⁵ Apartado 7.1.6 del capítulo III.

¹⁵¹⁶ Apartado 1.2.1 del capítulo V.

¹⁵¹⁷ Apartado 1.2.2 del capítulo V.

¹⁵¹⁸ Apartado 1.2.3 del capítulo V.

¹⁵¹⁹ Apartado 1.2.4 del capítulo V.

¹⁵²⁰ Similar, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 243, aunque sin aludir al elemento de la falta de justificación. Vid. al respecto REDMAYNE, “Theorizing the criminal trial”, cit., pág. 303. También, DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 187; EL MISMO, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 134; EL MISMO, *Sobre el castigo*, cit., pág. 84, apunta en esta dirección, a pesar de que, en última instancia, expresa sus dudas y recurre a una fundamentación alternativa basada en el argumento de la peligrosidad.

¹⁵²¹ Esta misma idea puede encontrarse esbozada en JAKOBS, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 828, nota 19, cuando afirma que la impunidad del sujeto provocado “no se basa, digamos, en la menor culpabilidad del inducido, sino en la imposibilidad de comportamiento estatal coherente”.

tanto que el reproche presupone la voluntad de quien lo formula de que la conducta reprochada no se hubiera llevado cabo —lo cual constituye el fundamento de la objeción de la complicidad— el Estado se contradeciría con sus propios actos si expresara censura o desaprobación ante un delito que sus representantes han favorecido voluntariamente. Dicho favorecimiento resulta incompatible con la voluntad de que el delito no se hubiera llevado a cabo y, por ello, con su censura mediante la pena. El Estado solo podrá expresar un reproche en estos casos cuando la actuación de sus funcionarios se encuentre, o bien prohibida, o bien justificada. En el primer caso, la prohibición (penal) permitiría desvincular la voluntad del Estado de la actuación del funcionario. En el segundo, las razones que justifican su intervención tornarían compatible el favorecimiento de la conducta delictiva con la voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo.

En mi opinión, esta fundamentación —basada en la objeción de la complicidad— explica de la mejor manera posible la intuición que subyace a las construcciones jurisprudenciales analizadas al inicio de este trabajo¹⁵²². De acuerdo con ella, la impunidad del sujeto provocado quedará delimitada por los tres elementos —provocación, imputación y falta de justificación— expuestos anteriormente. Su concurrencia simultánea determinará que el Estado no pueda expresar censura o desaprobación ante la conducta del sujeto provocado y, por ello, sancionarla legítimamente. En lo que sigue, se tratará de ofrecer una delimitación lo más detallada posible de estos elementos a partir del fundamento que los vertebraba. Para ilustrar los resultados que dicha delimitación conlleva se emplearán los mismos ejemplos que, en la primera parte de esta investigación, han servido para analizar críticamente los límites del delito provocado.

¹⁵²² Me parece interesante destacar las similitudes entre la fundamentación de la impunidad del sujeto provocado basada en la objeción de la complicidad y la reflexión con la que, en su día, RUIZ VADILLO, “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, cit., pág. 4911, trataba de explicar la figura del delito provocado: “*el Derecho no puede jamás asentarse sobre situaciones de inequívoca inmoralidad: no es lícito provocar desde el poder para después poder condenar. El Derecho penal no coincide exactamente con la Moral o Ética pero de muchas maneras, uno y otra tienen elementos comunes. Es absolutamente inmoral que una persona incite a otra para que delinca y que, una vez que lo ha conseguido, el inductor, que jugaba «sucio» quede como un contribuyente al saneamiento de la sociedad*”.

7. El elemento de la provocación

El elemento de la provocación circunscribe la impunidad del sujeto provocado a las conductas delictivas que hayan sido *favorecidas voluntariamente* por el agente provocador. Dado que el agente provocador puede favorecer voluntariamente delitos ideados por un sujeto peligroso, ni la *iniciativa delictiva* ni la *peligrosidad* del sujeto provocado excluirán su absolución. En cambio, su impunidad sí que quedará descartada respecto de aquellos delitos que el agente provocador no haya *favorecido* (infracciones descubiertas) o, en su defecto, no haya favorecido *voluntariamente* (excesos).

7.1. El favorecimiento voluntario

Favorecer voluntariamente una conducta delictiva resulta, en principio, incompatible con expresar mediante un reproche la voluntad de que esa conducta no se hubiera llevado a cabo. Ahora bien, algunas contribuciones voluntarias a la comisión de un delito son más incompatibles que otras con dicha expresión. En un extremo tendríamos todas aquellas conductas que colocan al sujeto provocado en una situación limítrofe al estado de necesidad o al miedo insuperable¹⁵²³: amenazarlo con un mal que no justifique o excuse su comportamiento, persuadirlo mediante una recompensa completamente desmesurada, etc. En el otro encontraríamos aquellas contribuciones voluntarias que rozan la insignificancia: proporcionarle un destornillador corriente para efectuar un robo con fuerza, informarle de qué lugares frecuentan los consumidores de drogas de una determinada ciudad, etc. Desde luego, las primeras resultan más incongruentes que las segundas con la expresión de un reproche¹⁵²⁴. No obstante, entre los dos extremos existen una infinidad de grados y, si se quiere delimitar con una mínima precisión la impunidad del sujeto provocado, la línea que marca qué contribuciones resultan subsumibles en el elemento de la provocación deberá ponerse en algún lugar¹⁵²⁵. En mi opinión, por una cuestión de coherencia axiológica, dicha línea debe trazarse con los mismos criterios que emplea el Código penal para definir las conductas típicas de participación. En particular, con mismos los criterios que emplea para definir las conductas típicas de participación *que comportan la misma pena que la autoría*. Si nuestro texto punitivo estima que el grado de contribución necesario para equiparar penológicamente participación y autoría es el propio de los *inductores y cooperadores necesarios*, me parece razonable colegir que ese mismo grado de contribución basta para menoscabar totalmente la legitimidad

¹⁵²³ DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 245.

¹⁵²⁴ TADROS, "Poverty and criminal responsibility", cit., pág. 399.

¹⁵²⁵ DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 246.

del reproche estatal¹⁵²⁶. En este sentido, no encuentro motivos para delimitar el elemento de la provocación con un estándar más elevado que el empleado por el Código penal para definir el máximo grado de responsabilidad de un partícipe. Requerir un favorecimiento idóneo para lograr que una persona no predispuesta delinca (*entrapment* objetivo), el empleo de un método especialmente persuasivo (*unzulässige Tatprovokation*), una oportunidad excepcional (*entrapment* inglés) o, incluso, una simple incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir (delito provocado), supone apartarse —a mi juicio injustificadamente— del criterio que utiliza nuestra Ley penal para delimitar las contribuciones más graves a la comisión de un delito. Si lo relevante a efectos de deslegitimar el reproche es la corresponsabilidad del Estado en el delito del sujeto provocado, un grado de corresponsabilidad análogo al que equipara la pena de partícipes y autores me parece suficiente para negar completamente la legitimidad de su castigo¹⁵²⁷. En cambio, la corresponsabilidad propia de un mero cómplice (art. 29 CP) debería comportar, a lo sumo, una reducción de la pena.

Esta delimitación del elemento de la provocación torna irrelevante el dato acerca de quién ha tomado la *iniciativa delictiva*. En tanto que la cooperación necesaria —al contrario que la inducción— no requiere la causación de la resolución delictiva¹⁵²⁸, el favorecimiento voluntario de un delito planeado por el sujeto provocado podrá cumplir perfectamente con las exigencias del elemento de la provocación. Así, por ejemplo:

*h)*¹⁵²⁹ *Bartolomé planea llevar a cabo una importante operación marítima de tráfico de drogas. No obstante, carece de los medios adecuados para realizarla. Un día le comenta sus planes a Leonardo, desconociendo que este último trabaja para la policía. Leonardo*

¹⁵²⁶ Obviamente, un ordenamiento jurídico que solamente equiparara la pena de la inducción con la propia de la autoría debería llegar a conclusiones diferentes. Así, en un sistema como el alemán —que carece de una figura análoga a la cooperación necesaria— el mismo criterio de coherencia axiológica empleado en el texto debería llevar a delimitar el elemento de la provocación mediante un grado de contribución equivalente a la inducción (§ 26 StGB).

¹⁵²⁷ DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 129, aludiendo al alcance de la objeción de la complicidad, afirma que su delimitación “*es controvertida, dado que la cuestión de cuándo una persona puede ser considerada responsable por las faltas de otra es controvertida*”. Pues bien, no se me ocurre mejor manera de delimitar dicho ámbito de corresponsabilidad que recurriendo a los mismos criterios que emplea nuestro Código penal para equiparar la pena de alguien que favorece un delito con la de quien comete ese delito. Si la delimitación de la objeción de la complicidad plantea el mismo problema que la delimitación de cuándo alguien es corresponsable del delito de otro, solucionar el primer problema con los mismos criterios que solucionan el segundo me parece lo más coherente. Advuértase que, además, en la provocación a la agresión se emplean estos mismos parámetros a la hora de concretar el grado de corresponsabilidad necesario para negar la legitimidad de la defensa. En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., pág. 40.

¹⁵²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 417.

¹⁵²⁹ En adelante, los ejemplos empleados en la primera parte de esta investigación para analizar críticamente la construcción jurisprudencial del delito provocado (capítulo II) serán referenciados mediante la misma letra que allí ha servido para ordenarlos.

*se ofrece a proporcionarle una embarcación y una tripulación preparada para el viaje que planea. Finalmente, gracias a su ayuda, Bartolomé consigue llevar a cabo la operación que tenía en mente, que termina frustrada por la intervención policial orquestada por Leonardo*¹⁵³⁰. Aunque Bartolomé planifica *motu proprio* la operación delictiva, su favorecimiento por parte del agente provocador alcanza, sin duda, el nivel de la cooperación necesaria y, por tanto, deberá entenderse ajustado a los requisitos del elemento de la provocación.

Este criterio también permite resolver la polémica jurisprudencial sobre las *compras simuladas de drogas* en que toma la iniciativa el sujeto provocado¹⁵³¹. En tanto que la aceptación de la oferta propuesta por el sujeto provocado supone, como mínimo, una contribución equivalente a la cooperación necesaria, la transacción resultante deberá entenderse, en todo caso, provocada. Al igual que pagar a un sicario que se ofrece *motu proprio* para acabar con la vida de un tercero constituye, en el mejor de los casos, una cooperación necesaria¹⁵³², el pago del precio solicitado por el sujeto provocado para adquirir las sustancias estupefacientes conformará una provocación. De este modo, a los efectos de apreciar este elemento, resultará irrelevante si la compra simulada se origina mediante un “¿vendes drogas?” del agente provocador, o un “¿quieres drogas?” del sujeto provocado. Ya sea por la solicitud del agente provocador, ya sea por su aceptación, en ambos supuestos la compra-venta deberá estimarse provocada. Ahora bien, tanto en un caso como en el otro, el descubrimiento de un delito previo a través de la provocación deberá comportar, como luego se verá, el castigo del sujeto provocado por dicha infracción. En este sentido, pueden suscribirse completamente las siguientes palabras de la SAP Valencia —sección 3ª— 113/2001, de 16-11: “*Lo decisivo no es quién asume la iniciativa en el trato encaminado a producir la entrega del estupefaciente. Dicho de otra manera, lo decisivo no es si existió un ofrecimiento previo por los acusados o si la propuesta inicial partió de los funcionarios policiales. Puede ocurrir que alguien ofrezca buscar una droga que no posee para transmitírsela después a los agentes. En tal caso, aunque la iniciativa no partiera de los agentes, si la droga se obtuviese con posterioridad*

¹⁵³⁰ STS 427/2013, de 10-5.

¹⁵³¹ Vid. *supra* el apartado 6.1.1 del capítulo II.

¹⁵³² C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. II, cit., pág. 228, estima que en estos casos puede apreciarse, incluso, una inducción, pues “*quien se ofrece a cometer el hecho (p.ej. por dinero como contraprestación) aún puede ser inducido, porque la decisión o resolución concreta de realizar el hecho delictivo depende de la conducta del inductor*”. De todo modos, en nuestro ordenamiento jurídico, la distinción entre inducción y cooperación necesaria es, a efectos prácticos, irrelevante (toda inducción es una cooperación necesaria, aunque no al revés). Por ello, la difícil cuestión acerca de cuándo concurre una resolución delictiva concreta —esto es, cuándo alguien es un *omnimodo facturus*— carece de trascendencia a estos efectos. En cambio, en Alemania este problema tiene mucha más importancia, dado que, al no tener una figura análoga a nuestra cooperación necesaria, la imposibilidad de apreciar una inducción en estos casos conlleva que se imponga la pena correspondiente a la complicidad.

al acuerdo con los agentes encubiertos, para cumplir lo convenido, el delito habría sido provocado, si no existía disponibilidad previa por el oferente, o al menos favorecimiento de un concreto poseedor de la droga con el que existiese un concierto previo para buscar un comprador, con anterioridad al acuerdo con los funcionarios”.

Al desvincular la provocación de la noción de inducción, dicho elemento podrá apreciarse en casos en que no concurra ningún *influjo psíquico*. Así, de forma paradigmática, los supuestos en que se deja a la vista un objeto valioso aparentemente extraviado, a la espera de que alguien trate de apropiárselo, constituirán una provocación aunque no medie relación comunicativa alguna entre el agente provocador y el sujeto provocado¹⁵³³. Del mismo modo, las contribuciones por *omisión*, en tanto que puedan asimilarse a una cooperación necesaria, también cumplirán con el elemento de la provocación. Un ejemplo de esto último:

Un ciudadano llama a la policía para avisar que ha encontrado un monedero perdido en los arbustos de un parque muy concurrido. El policía que acude a la llamada, en vez de llevar el monedero a comisaría, decide someterlo a vigilancia en el mismo lugar que lo ha dejado el ciudadano que dio el aviso —mucho más a la vista que cuando estaba en los arbustos— para ver si alguna persona que pasea por el parque trata de apropiárselo. Unos minutos después, un sujeto detecta el monedero y, tras tirar a la basura el documento identificativo que contenía en su interior, se lo guarda en el bolsillo. Inmediatamente, el policía que se encontraba vigilando procede a su detención. En este supuesto, el policía ha favorecido omisivamente una tentativa (inidónea) de apropiación de cosa perdida. En tanto que dicho favorecimiento pueda equipararse al propio de una cooperación necesaria, la infracción resultante deberá estimarse provocada¹⁵³⁴. De este modo, aunque no haya existido ningún influjo psíquico —ni comportamiento activo— dirigido a promover el delito patrimonial que finalmente se ha llevado a cabo, la actuación policial podrá cumplir con los requisitos del elemento de la provocación.

Por último, el elemento de la provocación no tiene en cuenta la *peligrosidad* del sujeto provocado a la hora de delimitar su ámbito aplicativo. Al contrario de lo que ocurre con la versión subjetiva del *entrapment* norteamericano, o la provocación policial del TEDH, el pronóstico de peligrosidad del sujeto provocado resulta, a estos efectos, intrascendente. En tanto que la peligrosidad del autor no se valora para excluir la responsabilidad del

¹⁵³³ Similar, REDMAYNE, “Theorizing the criminal trial”, cit., pág. 304.

¹⁵³⁴ Sobre las dificultades que implica dicha equiparación —por suponer la atribución de un deber de garante jurídico-penal al policía— vid. PAWLIK, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, *Indret*, núm. 1, 2008, págs. 5 y ss.; COCA VILA, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, *RECPC*, núm. 19, 2017, págs. 21 y ss.

sujeto que lo induce o coopera necesariamente con él —piénsese de nuevo en el caso del sicario— tampoco deberá tenerse en cuenta para delimitar el elemento de la provocación. Por ello, en las compras simuladas de drogas, el precio pagado por el agente provocador, la facilidad del sujeto provocado para conseguir la droga, y todos aquellos elementos dirigidos a acreditar su “*dedicación habitual precedente*”¹⁵³⁵, deberán estimarse irrelevantes. Lo mismo ocurrirá con su predisposición o renuencia a la hora de aceptar el encargo delictivo del agente provocador. De este modo, a los efectos de este elemento, los dos casos siguientes resultarán equiparables:

1) *Un policía de incógnito se dirige a un establecimiento de fotocopias y, haciéndose pasar un cliente, solicita la copia íntegra de varios libros protegidos por derechos de autor. El encargado del establecimiento accede a ello con toda normalidad sin presentar ninguna objeción*¹⁵³⁶; 2) *Un policía de paisano se dirige a un establecimiento de productos informáticos y, tras adquirir un ordenador, solicita al encargado que le instale gratuitamente el sistema operativo Windows XP. Aunque al principio el encargado se muestra renuente a ello, el detective privado consigue con su insistencia que finalmente acceda a su petición*¹⁵³⁷. Aunque la predisposición del encargado de la copistería (1) ponga de manifiesto que previsiblemente hubiera cometido un delito similar ante un cliente ordinario, y la renuencia del encargado del establecimiento de productos informáticos (2) revele lo contrario, dicho pronóstico resulta intrascendente y, por tanto, en ambos supuestos deberá apreciarse una provocación.

Defender la punición de los sujetos provocados peligrosos en base a la necesidad de “*frustrar nuevas realidades delictivas*”¹⁵³⁸ supondría, de hecho, convertir la pena que se les impone en una *medida de seguridad*. En efecto, si el Estado no puede expresar legítimamente censura o desaprobación por la conducta delictiva favorecida (injustificadamente) por el agente provocador (estatal), fundamentar la pena del sujeto provocado con argumentos de *prevención especial* privaría al mal que comporta su imposición de cualquier significado “*simbólico-comunicativo*”¹⁵³⁹. Eso es, precisamente, lo que hacen las medidas de seguridad. Quizás, si nuestro ordenamiento jurídico, tal y como hace el Código penal de Uruguay, previera la posibilidad de “*adoptar medidas de seguridad*”¹⁵⁴⁰ en estos supuestos, su imposición sería legítima *en tanto que medida de seguridad*. Pero, en todo caso, fundamentar la *pena* en la peligrosidad del sujeto

¹⁵³⁵ STS 1804/1992, de 21-7.

¹⁵³⁶ Supuesto inspirado en la SAP Castellón —sección 3ª— 56/2003, de 27-2.

¹⁵³⁷ Supuesto inspirado en la SAP Navarra —sección 1ª— 7/2011, de 27-1.

¹⁵³⁸ STS 1166/2009, de 19-11.

¹⁵³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 113.

¹⁵⁴⁰ Art. 8 del Código penal de Uruguay. Vid al respecto *supra* el apartado 6 del capítulo III.

provocado resulta totalmente incompatible con los postulados propios del Derecho penal del hecho¹⁵⁴¹. Si dicha pena es ilegítima respecto de un “sujeto no peligroso”, también deberá serlo respecto de un “sujeto peligroso”¹⁵⁴².

De todos modos, como se verá más adelante, las necesidades de una administración de justicia penal eficaz (“*Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege*“) pueden tenerse en cuenta a la hora de justificar algunas provocaciones *legamente previstas*. En particular, las que pueda llevar a cabo un agente encubierto al amparo del art. 282 bis LECrim y las que deriven de una entrega vigilada autorizada en virtud del art. 263 bis LECrim. No obstante, dicha justificación nunca derivará de la necesidad de neutralizar la *peligrosidad de los sujetos provocados*, sino, más bien, de la necesidad de esclarecer determinados delitos vinculados a estructuras y organizaciones peligrosas y, particularmente, detectar a los “hombres de atrás” que las controlan.

7.2. Las infracciones descubiertas

El elemento de la provocación limita su ámbito aplicativo a los delitos cuya realización ha sido favorecida (voluntariamente) por el agente provocador. Por ello, excluye de dicho ámbito todas las *infracciones descubiertas* a través de una provocación. En tanto que la comisión de dichas infracciones no haya sido favorecida por el agente provocador sino que, simplemente, haya sido puesta de manifiesto, el sujeto provocado deberá responder penalmente por ellas¹⁵⁴³. A fin de cuentas, al no haberlas favorecido, el Estado podrá expresar su voluntad de que no se llevaran a cabo sin incurrir en contradicción. En este sentido, la contradicción que fundamenta la objeción de la complicidad queda circunscrita a las conductas de las que uno es corresponsable. Dado que el Estado solamente es corresponsable de los delitos que ha favorecido un agente provocador estatal, y no de los delitos que este ha descubierto, podrá reprochar legítimamente los segundos a pesar de que no pueda censurar los primeros¹⁵⁴⁴. De este modo, aunque el sujeto provocado deba

¹⁵⁴¹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 136.

¹⁵⁴² Similar, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 246. También DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 88, nota 16.

¹⁵⁴³ En el mismo sentido, KATZORKE, *Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*, cit., pág. 164.

¹⁵⁴⁴ Si la infracción favorecida es de la misma clase que la infracción descubierta, podría tacharse de hipócrita al Estado que la censura. No obstante, esta objeción nunca tendría éxito debido a la imposibilidad de imputar al Estado las provocaciones que menoscaban el bien jurídico protegido y, por ende, ponen de relieve su falta de compromiso con el mismo. En efecto, como se expondrá más adelante, las provocaciones antijurídicas realizadas por un funcionario no resultan imputables al Estado —pues su prohibición penal permite desvincular su voluntad de la actuación del funcionario— y, en consecuencia, la objeción de la hipocresía nunca podría fundamentar la impunidad del sujeto provocado. En tanto que el Estado prohíbe todas aquellas actuaciones policiales que podrían lesionar los bienes jurídicos afectados por el sujeto provocado, el compromiso con los mismos que expresa mediante la pena nunca podrá ser puesto en duda.

ser absuelto por el delito promovido por el agente provocador, podrá ser castigado por todas aquellas infracciones penales que hayan salido a la luz mediante la provocación. Así, por ejemplo:

g) La policía sospecha que Sergio ha llevado a cabo diversos hurtos de motocicletas. Para descubrir donde esconde los vehículos hurtados, los agentes trazan un plan. Un policía de incógnito se pone en contacto con él. Con el pretexto de necesitar piezas de recambio para su propio vehículo, le ofrece una cuantiosa suma de dinero a cambio de sustraer una motocicleta en concreto. Dicha motocicleta, que en realidad pertenece a la propia policía, es sometida a vigilancia para seguir a Sergio y averiguar donde la esconderá. Finalmente, Sergio lleva a cabo la sustracción y la policía, tras el correspondiente seguimiento, encuentra el descampado donde guardaba cinco motocicletas hurtadas previamente. Aunque Sergio no pueda ser castigado por la tentativa de hurto promovida por la policía, los delitos consumados descubiertos a través de ella podrán ser legítimamente sancionados.

Excluir las infracciones descubiertas del elemento de la provocación permite que la tenencia preordenada de las sustancias estupefacientes solicitadas por el agente provocador en una *compra simulada de drogas* pueda ser legítimamente sancionada. A pesar de que la concreta transacción provocada resulte impune —con independencia de quién haya tomado la iniciativa— el sujeto provocado deberá ser castigado por los delitos consumados de tráfico de drogas que hayan sido puestos de manifiesto a través de ella. Así, de forma paradigmática, cuando el sujeto provocado vende al agente provocador la droga que llevaba encima¹⁵⁴⁵, guardaba en el maletero de su coche¹⁵⁴⁶, o escondía en su domicilio con aquellos fines¹⁵⁴⁷, la tenencia preordenada podrá ser castigada aunque la enajenación que ha servido para revelarla permanezca impune. Lo mismo ocurrirá en los supuestos en que el sujeto provocado no poseía directamente de la droga, pero estaba previamente concertado con un tercero para subministrársela en caso de encontrar un comprador. Aquí, la disposición mediata de las sustancias estupefacientes determinará que el sujeto provocado deba ser castigado por un delito de tráfico de drogas, pues este ya se encontraría consumado con anterioridad a la compraventa que, simplemente, lo ha puesto de manifiesto. En cambio, el sujeto provocado deberá permanecer impune si no disponía —ni mediata ni inmediatamente— de la droga solicitada por el agente provocador o, en todo caso, su tenencia no estaba preordenada al tráfico —sino al

Por ello, en mi opinión, la objeción de la hipocresía resulta inaplicable más allá de las fronteras de la filosofía moral.

¹⁵⁴⁵ STS 346/2014, de 24-4.

¹⁵⁴⁶ STS de 26-09-1990.

¹⁵⁴⁷ STS 571/2008 de 25-9.

autoconsumo—, pues la compraventa provocada no habrá revelado ningún delito consumado que pueda serle legítimamente reprochado.

De todos modos, las infracciones descubiertas a través de una provocación podrán ser sancionadas a pesar de no estar consumadas. En este sentido, la actuación de un agente provocador puede servir para poner de manifiesto una *tentativa* o, incluso, un *acto preparatorio punible*. En tanto que su realización no haya sido favorecida por el agente provocador, su castigo será legítimo *aunque su descubrimiento traiga causa de una contribución encaminada a su progresión*. Esto es, aunque hayan sido puestas de manifiesto mediante una provocación dirigida a convertir el acto preparatorio en tentativa, la tentativa inacabada en acabada o cualquiera de estas en un delito consumado. Así, por ejemplo:

d) Dos agentes de policía de paisano observan que Julio y Bartolomé se encuentran introducidos dentro de una cabina telefónica con actitud vigilante y sin llamar por teléfono a pesar de su ubicación. Dicha situación despierta sospechas en los policías, que deciden introducirse en un cajero automático a escasa distancia de la cabina telefónica, y desde donde podían ser perfectamente vistos por ellos, simulando extraer dinero del mismo. Al salir del cajero, son abordados por Julio y Bartolomé, quienes les exigen la entrega del dinero extraído en el cajero, mientras les muestran dos navajas. En ese momento, los agentes se identifican como policías y exhiben sus pistolas reglamentarias, lo cual provoca la entrega inmediata y sin resistencia de Julio y Bartolomé¹⁵⁴⁸. Con anterioridad a la actuación policial, Julio y Bartolomé ya habían realizado una tentativa o, como mínimo, una conspiración (punible) de robo con intimidación. Por ello, aunque la simulación de la policía pueda ser considerada una provocación, el tipo correspondiente de imperfecta ejecución descubierto a través de ella podrá ser castigado. Al fin y al cabo, dicho tipo no ha sido favorecido de modo alguno por los agentes policiales. A pesar de que estos hayan provocado su conversión (de conspiración o tentativa inacabada) en una tentativa acabada, la infracción previa descubierta podrá ser legítimamente sancionada. Algo parecido podría ocurrir, por omisión, en el siguiente supuesto: un policía que tiene intervenido el teléfono móvil de un sospechoso descubre a través de sus conversaciones una conspiración (art. 17.1 CP) de un delito de robo (art. 269 CP). Pudiendo y debiendo proceder a la detención de los conspiradores, el policía decide no intervenir y someterlos a una estricta vigilancia en orden a capturarlos en el momento en el que inicien los actos ejecutivos del robo. De este modo, pretende lograr que estos sean castigados con una pena más elevada de la que les correspondería por el acto preparatorio de conspiración. Finalmente, tal y como había planeado el policía, los sujetos son detenidos en el momento en que inician la tentativa.

¹⁵⁴⁸ STS 1247/1997, de 20-10.

Aunque en este caso la provocación (omisiva) no sirve como medio para descubrir un delito —pues el agente provocador ya tenía previa constancia del mismo— la eventual pérdida de legitimidad del Estado para castigar quedaría, igualmente, circunscrita a la tentativa favorecida¹⁵⁴⁹. En tanto que la conspiración previa no ha sido promovida de modo alguno por el agente provocador, su castigo sería perfectamente legítimo.

En todo caso, la posibilidad de castigar las infracciones descubiertas mediante una provocación se contrapone con los efectos que lleva aparejada la *regla de exclusión probatoria* en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11 LOPJ). En efecto, las injerencias en derechos fundamentales comportan, en principio, la nulidad de todas las pruebas obtenidas (directa o indirectamente) a través de ellas y, en consecuencia, la impunidad del sujeto que ha visto vulnerados sus derechos por todas las infracciones descubiertas¹⁵⁵⁰. A continuación, se expondrá la razón por la cual las provocaciones no deben conllevar esos mismos efectos. Esto es, la razón por la cual, a pesar de que las injerencias en derechos fundamentales impidan castigar todas las infracciones descubiertas, la impunidad del sujeto provocado debe quedar circunscrita a las concretas infracciones provocadas.

7.3. Provocaciones, injerencias en derechos fundamentales e infracciones descubiertas

Al contrario de lo que ocurre con las injerencias en derechos fundamentales, las provocaciones imputables al Estado no son, en sí mismas, contrarias al ordenamiento jurídico¹⁵⁵¹. El desvalor de dichas provocaciones no deriva de sus características intrínsecas, sino de la incoherencia en la que incurre el Estado *en el momento del castigo*¹⁵⁵². Para identificar dicho desvalor ha de ponerse en relación la provocación con el castigo, pues solo entonces puede apreciarse la contradicción que lo fundamenta¹⁵⁵³. En cambio, el desvalor de la injerencia en un derecho fundamental es intrínseco a la misma y se produce *en el momento en que se lleva a cabo la injerencia*. Dicho desvalor no depende de si, a través de ella, se han obtenido pruebas inculpativas que sustentan

¹⁵⁴⁹ Dicha pérdida de legitimidad quedaría, en todo caso, condicionada a que la provocación omisiva fuera imputable al Estado. Esto no ocurrirá si se estima que la actuación policial, en este supuesto, constituye un comportamiento penalmente antijurídico: por ejemplo, un delito del art. 408 CP.

¹⁵⁵⁰ Sobre las distintas excepciones a la regla de exclusión probatoria vid. ARMENTA DEU, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 101 y ss.

¹⁵⁵¹ Una condición para imputar la provocación de un funcionario al Estado es que esta no sea antijurídica (vid. *infra* el apartado 8.2). Precisamente por ello, las provocaciones imputables al Estado, por definición, no resultan en sí mismas contrarias al ordenamiento jurídico.

¹⁵⁵² YAFFE, “The Government Beguiled Me”, cit., págs. 20 y 21.

¹⁵⁵³ Similar, CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1112; REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 161.

una sentencia condenatoria. En este sentido, *la injerencia en un derecho fundamental es censurable por sí misma, mientras que la provocación (imputable e injustificada) a un delito solo lo es tanto ese delito sea posteriormente castigado*. La siguiente reflexión de GASCÓN INCHAUSTI puede ayudar a ilustrar esta idea:

“Piénsese en las diversas consecuencias que tendría sobre la esfera del afectado un eventual «error» de la Policía a la hora de elegir el destinatario de la medida, según se trate de una infiltración policial en sentido propio o de una infiltración policial de corta duración. En el primer supuesto, aunque al final de la operación se revelara que el ciudadano objeto de la infiltración no participaba en ninguna actividad ilícita, lo cierto es que la presencia prolongada del agente encubierto en su entorno, la falsa relación de confianza y el acopio de información en torno a él y su ámbito personal deben considerarse en cualquier caso lesivas, aunque sólo sea desde una perspectiva moral (pueden afectarle en el futuro a la hora de volver a entablar relaciones de confianza: en definitiva, se ve vulnerado el libre desarrollo de su personalidad). En cambio, aquella persona a la que, v.g., la Policía le solicita la compra de droga y no se subministra, porque no se dedica a esa actividad ilícita no puede decirse que haya visto afectada en modo alguno su esfera de derechos y libertades, aunque después tuviera noticia de la operación”¹⁵⁵⁴.

La razón por la que GASCÓN INCHAUSTI considera inocuo el segundo “error” policial es, precisamente, que las provocaciones no son censurables por sí mismas. Sin el castigo del sujeto provocado no puede apreciarse la contradicción que fundamenta su desvalor. Cuando el agente provocador no logra que el sujeto provocado delinca, este último no parece tener muchas razones para “quejarse”. En cambio, el primer “error” policial resulta, a todas luces, censurable. Con independencia de que el sujeto investigado no sea castigado —por no haberse descubierto ninguna actividad delictiva en la que estuviera implicado— la actuación policial lo ha colocado en una situación que, sin duda, merece ser desvalorada. Dicho desvalor no depende de que la actuación policial haya servido para obtener pruebas incriminatorias, sino que resulta intrínseco a toda restricción del derecho a la intimidad¹⁵⁵⁵. El sujeto investigado cuya intimidad se ha vulnerado tendría buenas razones para quejarse —su esfera íntima ha quedado al descubierto— aunque no vaya a

¹⁵⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 177. Adviértase que GASCÓN INCHAUSTI emplea la locución “infiltración policial en sentido propio” para referirse a lo que aquí se ha denominado “infiltración policial de larga duración”. Esto es, para aludir a una infiltración que vulnera un derecho fundamental. Por otro lado, aunque la compra simulada de drogas (infructuosa) que describe en su segundo ejemplo constituye efectivamente una infiltración policial de corta duración —esto es, una infiltración que no restringe derecho fundamental alguno— lo que aquí interesa resaltar es que también supone una provocación. Sobre la delimitación conceptual entre provocaciones e infiltraciones policiales de corta duración vid. *supra* el apartado 8.1.2.2 del capítulo IV.

¹⁵⁵⁵ Sobre la discusión acerca del derecho fundamental afectado por las infiltraciones policiales de larga duración vid. *supra* el apartado 6.2.2 del capítulo VI.

ser castigado. En resumen: *las provocaciones infructuosas resultan inocuas para el sujeto provocado, mientras que las injerencias en derechos fundamentales que no logran su objetivo suponen un perjuicio para el sujeto investigado.*

Un paso más. Imaginemos ahora que la policía provoca un delito sin tener, desde el principio, ninguna intención de reprimirlo. Así, por ejemplo, con finalidades meramente estadísticas, deja en medio de varios parques concurridos monederos aparentemente extraviados repletos de billetes de 50€ que, en realidad, son burdas imitaciones y van acompañados de una nota cuyo contenido explica el propósito del experimento¹⁵⁵⁶. Quizás, alguna de las personas que se han apoderado de uno de esos monederos, al leer posteriormente la nota y darse cuenta de que los billetes no tienen ningún valor, pudiera sentirse contrariada. Al fin y al cabo, la iniciativa policial les ha llevado a cometer una tentativa (inidónea) de apropiación de cosa perdida (art. 254 CP). No obstante, en tanto que dicha iniciativa no vaya acompañada del castigo de los delitos favorecidos, los sujetos provocados difícilmente encontrarían razones para quejarse. Al igual que ocurre con las provocaciones infructuosas, las provocaciones que no comportan el castigo del sujeto provocado resultan inocuas para este. De nuevo, ello se debe a que la contradicción que fundamenta su desvalor solo aparece en el momento del castigo. En cambio, si la policía, asumiendo que no podrá lograr ninguna condena, realizara pinchazos telefónicos con propósitos estadísticos similares —por ejemplo, identificar cuántas personas solicitan droga por esta vía— los sujetos cuya intimidad ha sido vulnerada tendrían buenas razones para quejarse. Aunque estos no pudieran ser castigados por los delitos revelados, la actuación policial seguiría siendo claramente censurable. En este sentido, la razón por la que un pinchazo telefónico (ilegal) resulta censurable es que afecta a la intimidad de los comunicantes y no que el mismo pueda dar lugar a su castigo. La imposibilidad de castigar los delitos descubiertos mediante la infracción de un derecho fundamental no hace desaparecer su desvalor. En definitiva, *provocar sin castigar al sujeto provocado resulta inocuo para este, mientras que infringir un derecho fundamental supone un perjuicio para su titular aunque las pruebas incriminatorias obtenidas no puedan sustentar su condena.*

Una analogía con la legítima defensa puede contribuir a esclarecer la diferencia esbozada entre provocaciones e injerencias en derechos fundamentales. Las primeras tendrían una estructura asimilable a una *provocación a la agresión* (art. 20.4º tercero CP) mientras que las segundas serían equiparables a una *agresión ilegítima* (art. 20.4º primero CP). Aunque tanto la provocación a la agresión como la agresión ilegítima niegan el derecho de defensa

¹⁵⁵⁶ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 370, plantea un ejemplo muy similar.

del sujeto que la lleva a cabo, solamente la segunda resulta censurable por sí misma. En efecto, las agresiones ilegítimas constituyen, por definición, delitos (art. 20.4º primero CP)¹⁵⁵⁷. Dichas agresiones son típicamente antijurídicas —y, por tanto, censurables— con independencia de que persigan una determinada respuesta en el sujeto agredido que, a su vez, sea contestada con otra agresión por su parte. Así, por ejemplo, dar un puñetazo a alguien con el propósito de que este —debido a su menor complejión física— trate de defenderse con un instrumento peligroso y, así, poder apuñalarlo, resulta censurable aunque no se logre la defensa deseada y/o el apuñalamiento. Dicho puñetazo afecta a la integridad física del sujeto agredido y, por ello, se encuentra desvalorado por sí mismo. Al igual que las injerencias en derechos fundamentales tienen un desvalor propio que deriva del propio menoscabo del derecho fundamental, las agresiones ilegítimas se desvaloran por la lesión del bien jurídico que comportan. Dicho desvalor no depende de la consecución de su objetivo inmediato —el descubrimiento de un delito o la defensa del sujeto agredido— ni del mediato —el castigo del delito descubierto o la respuesta a la defensa del sujeto agredido— sino que es intrínseco a la conducta en cuestión. En cambio, una provocación a la agresión puede ser atípica¹⁵⁵⁸ y, por tanto, no resultar censurable por sí misma. Así, por ejemplo, el amante que entrega al esposo el día de su boda unas fotos (consentidas) en las que aparece besándose con su mujer para conseguir que este le intente agredir y, de este modo, poder lesionarlo mediante su defensa, lleva a cabo una conducta que, en sí misma, es penalmente irrelevante. El desvalor de dicha conducta solo aparece cuando logra efectivamente su objetivo y, ante el intento de agresión del marido, consigue lesionarlo. Es decir, cuando se defiende de una agresión (ilegítima) de la que es corresponsable. Si el marido mantiene la calma y no intenta agredir al amante, o este finalmente no se defiende de su agresión, su provocación a la agresión no resultará (penalmente) censurable. Al igual que la contradicción que fundamenta el desvalor de una provocación solo puede apreciarse en el momento del castigo, el desvalor de una provocación a la agresión requiere poner en relación dicha actuación —la entrega de las fotos— con la posterior reacción defensiva. Dicho desvalor se encuentra condicionado a la consecución de su objetivo inmediato —el

¹⁵⁵⁷ Con la posible excepción que indica MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 449, en relación con las “agresiones que no afecten a los bienes” que, según este autor “no han de ser necesariamente infracciones penales (por ejemplo: bastará una agresión a derechos protegidos sólo civilmente, como la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento)”.

¹⁵⁵⁸ Las provocaciones a la agresión no son atípicas por definición, pues su carácter delictivo no las transforma automáticamente en agresiones ilegítimas. En efecto, el carácter delictivo de una conducta es una condición necesaria —vid. la puntualización de la nota anterior— pero no suficiente para conformar una agresión ilegítima. Las agresiones ilegítimas, además, deben poner “en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes” los bienes del sujeto pasivo (art. 20.4º primero CP). Una provocación a la agresión puede conformar un delito que no “ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes” a los bienes del sujeto pasivo y, por tanto, no suponga una agresión ilegítima que justifique su reacción. Así, de forma paradigmática, los insultos consumados encaminados a lograr que su destinatario responda antijurídicamente son provocaciones a la agresión típicas cuando constituyen injurias o calumnias, dado que no conforman, a su vez, una agresión ilegítima. En cualquier caso, la analogía que se plantea en el texto se circunscribe a las provocaciones a la agresión atípicas.

delito del sujeto provocado o la agresión del marido— así como el mediato —el castigo del sujeto provocado o la reacción defensiva del amante— pues no es intrínseco a la conducta en cuestión. En conclusión, tanto las injerencias en derechos fundamentales como las agresiones ilegítimas resultan censurables por sí mismas, mientras que las provocaciones y las provocaciones a la agresión (atípicas) solo lo son en tanto que logren el objetivo que persiguen.

La razón por la cual las injerencias en derechos fundamentales impiden castigar todas las infracciones descubiertas y, en cambio, las provocaciones circunscriben la impunidad del sujeto provocado a las concretas infracciones favorecidas —dejando fuera de su alcance los delitos descubiertos— es, precisamente, que las primeras resultan censurables por sí mismas, mientras que las segundas solo lo son en tanto que se castigue la conducta provocada. Mediante la nulidad probatoria se pretende desincentivar cualquier actuación que vulnere derechos fundamentales (fundamentación consecuencialista) o restituir a quien se ha visto perjudicado por ella (fundamentación no consecuencialista)¹⁵⁵⁹. En cualquier caso, la nulidad probatoria es un *medio* para evitar o remediar una actuación censurable: la injerencia en un derecho fundamental. Los efectos de la nulidad deben abarcar cualquier provecho que pueda derivarse de dicha injerencia —todas las infracciones descubiertas— pues, de lo contrario, ni la disuadiría ni la restituiría. En cambio, la impunidad del sujeto provocado no persigue desincentivar las provocaciones, ni restituir a quien se ha visto perjudicado por ellas. Dicha impunidad no constituye un medio para evitar o remediar una actuación censurable, simplemente, porque la provocación no es, en sí misma, censurable. La contradicción que fundamenta su desvalor solo se produce cuando se castiga la conducta provocada y, precisamente por ello, la impunidad del sujeto provocado debe circunscribirse a ella. En definitiva, *las infracciones descubiertas mediante una injerencia en derechos fundamentales no deben ser castigadas porque solo así se previene o restituye su vulneración, mientras que las infracciones descubiertas mediante una provocación pueden ser legítimamente sancionadas porque, al hacerlo, el Estado no incurre en ninguna contradicción.*

De todos modos, antes de continuar conviene realizar una última puntualización. Sostener que las provocaciones no resultan censurables por sí mismas no significa defender su

¹⁵⁵⁹ CHAU, “Excluding Integrity? Revisiting Non-Consequentialist Justifications for Excluding Improperly Obtained Evidence in Criminal Trials”, en *The Integrity of Criminal Process*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pág. 268. El Tribunal Constitucional español optó inicialmente por una fundamentación de no consecuencialista de la prueba nula, basada en el carácter “inviolable” de los derechos fundamentales (STC 114/1984, de 29-11), aunque la posterior delimitación de su alcance y sus excepciones —inspirada en la jurisprudencia norteamericana— responde a una fundamentación claramente consecuencialista. Vid. al respecto MIRANDA ESTRAMPES, “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, cit., pág. 137; DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., págs. 39 y ss.

utilización como medio para descubrir otras infracciones. Simplemente, supone admitir que no infringen el ordenamiento jurídico de un modo que pueda fundamentar la impunidad del sujeto provocado por todos los delitos descubiertos. En particular, que no infringen ninguno de los derechos (fundamentales) que el art. 11 LOPJ estima necesario proteger mediante la nulidad de cualquier prueba obtenida a su costa. Del mismo modo que no existe un “derecho a no ser engañado” que pueda fundamentar la nulidad de todas las pruebas derivadas de una infiltración policial de corta duración, tampoco existe un “derecho a no ser provocado” que pueda sustentar esa misma consecuencia en base a la necesidad de prevenir o remediar su vulneración¹⁵⁶⁰. Ahora bien, de ello no se deriva el carácter encomiable de las provocaciones —ni, dicho sea de paso, de las infiltraciones policiales de corta duración— como método para descubrir otros delitos¹⁵⁶¹. Tal y como indica HOWARD, aunque el sujeto provocado no sea castigado por la infracción favorecida por la policía, “*sigue habiendo algo profundamente desagradable en el hecho de que los agentes del Estado contribuyan a que otros agentes morales actúen de manera incorrecta*”¹⁵⁶². En toda provocación (imputable e injustificada) existe un remanente de desvalor que no puede ser captado por la contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado¹⁵⁶³. Este es, precisamente, el que trataban de identificar las teorías de la corrupción para fundamentar (infructuosamente) el injusto del partícipe¹⁵⁶⁴. Desde mi punto de vista, el contenido de dichas teorías puede ofrecer buenas razones para que los poderes públicos desincentiven las provocaciones realizadas por sus propios agentes, aunque no sea a través de la nulidad de todas las evidencias delictivas obtenidas gracias ellas. A pesar de que dichas razones no son tan fuertes como las que llevan a proteger los derechos fundamentales mediante el art. 11 LOPJ, sí que podrían motivar otra clase de restricciones que, como mínimo, desalentaran las provocaciones que no resultan imprescindibles. Su concreción, en todo caso, sería competencia del legislador y no del intérprete¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁰ SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, cit., pág. 371.

¹⁵⁶¹ Respecto a las infiltraciones policiales de corta duración, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., págs. 178 y 179, tras reconocer que “*no son diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Por eso, pueden resultar admisibles, a pesar de no estar expresamente contempladas en la legislación vigente*”, a renglón seguido, advierte que “*Lo anterior, sin embargo, no significa que el vacío legal se considere correcto; más bien, únicamente «tolerable». Porque lo cierto es que también este tipo de operaciones se fundan en el engaño de los poderes públicos, y no estaría de más que legalmente se definiera su ámbito de aplicación y se delimitaran las facultades a disposición del agente policial durante el desarrollo de su labor investigadora*”.

¹⁵⁶² HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, cit., pág. 44.

¹⁵⁶³ REDMAYNE, “Exploring Entrapment”, cit., pág. 163, parece apuntar en esta dirección al afirmar que “*existe más de un valor en juego en las provocaciones estatales, aunque esos otros perjuicios no constituyan el núcleo de nuestra objeción a ellas*”.

¹⁵⁶⁴ Vid. *supra* el apartado 1.1.1 del capítulo V.

¹⁵⁶⁵ Una posibilidad sería introducir en el ordenamiento jurídico una previsión que sancionara las provocaciones realizadas por funcionarios públicos que no constituyen otra infracción penal. Es decir, todas aquellas que no pueden ser castigadas como formas de participación (o coautoría) por no poner en peligro el bien jurídico protegido. Un delito especial (y subsidiario) de esta naturaleza —o una infracción administrativa equivalente— permitiría que el Estado se desvinculara de las provocaciones que lleven a

7.4. El exceso

El elemento de la provocación circunscribe su ámbito aplicativo a los delitos favorecidos voluntariamente por el agente provocador. De este modo, además de excluir la impunidad del sujeto provocado por las infracciones descubiertas, también hace lo propio con los *excesos*. Esto es, con todos aquellos delitos que, a pesar de haber sido favorecidos por el agente provocador, no han sido favorecidos *voluntariamente*. Así, al contrario de lo que ocurre con la fórmula hipotética que emplea (formalmente) el TEDH, sus límites no abarcan cualquier “*delito que de otro modo no se hubiera cometido*”¹⁵⁶⁶. No basta con que la provocación haya sido causa —en el sentido de la *condicio sine qua non*— del delito del sujeto provocado sino que, además, resulta necesario que el agente provocador lo haya favorecido voluntariamente. Si entre la actuación del agente provocador y el delito del sujeto provocado no media una relación de favorecimiento voluntario, el delito en cuestión no quedará abarcado por el elemento de la provocación.

La delimitación de las conductas delictivas que deben entenderse favorecidas voluntariamente por un agente provocador ha de realizarse con los mismos criterios empleados anteriormente para definir el elemento de la provocación¹⁵⁶⁷. Si el favorecimiento voluntario que caracteriza este elemento se ha equiparado al propio de las formas de participación que comportan la misma pena que la autoría —inducción y cooperación necesaria— el ámbito de conductas favorecidas voluntariamente por un agente provocador deberá delimitarse mediante los mismos criterios de *imputación objetiva y subjetiva* empleados por dichas figuras. De este modo, el elemento de la provocación únicamente abarcará aquellas conductas delictivas que pudieran serle imputadas al agente provocador como *inductor o cooperador necesario doloso*. Es decir, aquellas conductas cuyo favorecimiento fuera (intersubjetivamente) previsible desde el punto de vista del agente provocador y, además, haya sido subjetivamente previsto por

cabo sus funcionarios y, por tanto, pudiera castigar al sujeto provocado sin incurrir en contradicción. Al fin y al cabo, su prohibición (penal) impediría que dichas provocaciones fueran imputadas al Estado. Un modelo de estas características fue propuesto, en su día, por la *English Law Commission* en su informe sobre “Defences of General Application”, 1977, pág. 51. Vid. al respecto ASHWORTH, “What is wrong with Entrapment”, cit., pág. 311. También el antiguo § 25 öStPO (en su redacción anterior a 2007) optaba por este planteamiento. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 116. Incluso, el art. 46.2 del Código penal griego va más lejos al extender la prohibición penal de provocar a cualquier sujeto: “*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*”.

¹⁵⁶⁶ SSTEDH caso *Christoph Scholer v. Alemania*, de 4-2-2011, párr. 78; caso *Matanovic v. Croacia*, de 4-4-2017, párr. 123 (traducción propia).

¹⁵⁶⁷ Vid. *supra* el apartado 7.1.

este. Así, entre el tipo delictivo realizado por el sujeto provocado y el favorecimiento del agente provocador deberá mediar *relación de riesgo* asimilable a la que requiere la imputación objetiva de la inducción o la cooperación necesaria y una *relación subjetiva* análoga al dolo. Solamente entonces podrá afirmarse que el delito del sujeto provocado ha sido favorecido voluntariamente por el agente provocador y, por tanto, debe quedar comprendido por el elemento de la provocación.

Esto no significa que el favorecimiento voluntario del agente provocador deba estimarse típico. La imputación objetiva y subjetiva de la conducta del autor es una condición necesaria para la inducción o la cooperación necesaria pero, en todo caso, no es una condición suficiente. Dichas formas de participación exigen adicionalmente —a través de distintos requisitos típicos que varían en función de la clase de infracción promovida¹⁵⁶⁸— que el favorecimiento de la conducta del autor ponga en peligro el bien jurídico protegido. Sin la concurrencia de dicho peligro, el favorecimiento voluntario de una conducta delictiva resultará atípico. Así, por ejemplo: *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma, sabiendo perfectamente que esta se encuentra descargada. Desconociendo este extremo, el sujeto provocado intenta disparar con dicha arma de forma infructuosa.* Aunque la tentativa (inidónea) realizada por el sujeto provocado resulte objetiva y subjetivamente imputable a la incitación del agente provocador —y, por tanto, cumpla con el elemento de la provocación— la ausencia de riesgo para el bien jurídico protegido (la vida) determinará su atipicidad.

Otro requisito adicional de la inducción y la cooperación necesaria —inexistente en el elemento de la provocación— es que el bien jurídico atacado por el autor no sea titularidad del sujeto que favorece voluntariamente su conducta¹⁵⁶⁹. Por ello, aunque el autor lesione efectivamente el bien jurídico protegido, el favorecimiento voluntario de su conducta por parte del titular de dicho bien jurídico también resultará atípico. Así, por ejemplo: *Mediante una persona interpuesta, el agente provocador ofrece una recompensa al sujeto provocado a cambio de que lo agreda. El sujeto provocado desconoce que la persona que le ha ofrecido la recompensa es la misma a la que, finalmente, agrede.* A pesar de que el delito de lesiones (consumado) que ha llevado a cabo el sujeto provocado resulta objetiva y subjetivamente imputable a la incitación del agente provocador —y, por ello, cumple de nuevo con el elemento de la provocación— dicha incitación no será típica por provenir del titular del bien jurídico lesionado.

En definitiva, aunque el elemento de la provocación se delimite con los mismos criterios de imputación objetiva y subjetiva que la inducción o la cooperación necesaria, no presupone la tipicidad del favorecimiento voluntario que lo caracteriza. Es más, como se

¹⁵⁶⁸ Vid. *supra* el apartado 1.2 del capítulo V.

¹⁵⁶⁹ Vid. *supra* el apartado 1.2.4 del capítulo V.

verá posteriormente, cuando dicho favorecimiento voluntario sea típico no comportará la impunidad del sujeto provocado. Ya sea por constituir una conducta penalmente prohibida —y, por tanto, no imputable al Estado— o por estar justificada —y, por ello, resultar compatible con la expresión de un reproche— la tipicidad de una provocación excluirá la impunidad del sujeto provocado por el delito favorecido.

De acuerdo con esta delimitación, los excesos del sujeto provocado no quedarán abarcados por el elemento de la provocación¹⁵⁷⁰. Así, cualquier infracción del sujeto provocado que se haya visto favorecida por el agente provocador, pero que no resulte imputable (objetiva o subjetivamente) a su contribución, deberá comportar el castigo del sujeto provocado. Aunque la infracción en cuestión no se hubiera realizado con anterioridad a la intervención del agente provocador, la imposibilidad de imputarla al favorecimiento voluntario de este determinará su punición. Por ejemplo:

*k) Varios policías de incógnito se aproximan a Juan y le ofrecen una importante recompensa a cambio de proporcionarles cinco kilos de hachís. Juan se pone en contacto con un amigo para conseguirlos y, durante la negociación, decide adquirir algunos kilos más de la sustancia en cuestión. Posteriormente, en el momento de la entrega de los 5 kilos Juan es detenido con todo el hachís adquirido¹⁵⁷¹. Aunque Juan no pueda ser castigado por la compra-venta de los 5 kilos de hachís solicitados por la policía —pues dicha transacción ha sido favorecida voluntariamente por la policía— la conducta consistente en adquirir “algunos kilos de más” constituye un exceso que no quedará abarcado por el elemento de la provocación. A pesar de que dicha conducta trae causa —en el sentido de la *condicio sine qua non*— de la solicitud policial, su realización no era previsible y, por tanto, no puede ser imputada a esta. De este modo, Juan debería ser castigado por la tenencia preordenada de la droga que no había sido demandada por la policía.*

Lo mismo ocurrirá en todo aquellos casos en que el agente provocador favorece voluntariamente una tentativa, pero esta se acaba consumando en contra de su

¹⁵⁷⁰ Adviértase que en la provocación a la agresión (art. 20.4 tercero CP) ocurre exactamente lo mismo. Si el provocador favorece voluntariamente una determinada agresión ilegítima —por ejemplo, un puñetazo o acometimiento físico similar— y, de forma imprevisible para este, el provocado reacciona desproporcionadamente con una agresión mucho más grave —por ejemplo, empleando un arma de fuego— el primero podrá defenderse legítimamente de ella. Al fin y al cabo, la agresión ilegítima finalmente acaecida constituirá un exceso respecto a su provocación y, por tanto, no podrá ser calificada como “suficiente” en relación a ella. Vid. RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 190; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, cit., pág. 435. También G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra”, cit., pág. 105, alude a esta idea desde la perspectiva propia de la filosofía moral: “Alguien que realiza un agravio y por ello induce a una respuesta violenta podría no estar habilitado para quejarse de que hubiera algún tipo de respuesta agresiva, pero en cambio podría condenar una respuesta concreta como desproporcionada. Si en respuesta a mi cruel desaire me disparas en un pie, el hecho de que tu disparo sea una respuesta a mi cruel rechazo no me inhabilita para condenarlo”.

¹⁵⁷¹ STS 1385/1993, de 14-6.

voluntad¹⁵⁷². En tanto que la consumación no pueda ser imputada (objetiva o subjetivamente) a la contribución del agente provocador, el delito consumado realizado por el sujeto provocado no quedará abarcado por el elemento de la provocación. Con independencia de si la consumación era (intersubjetivamente) imprevisible, o no había sido subjetivamente prevista por el agente provocador, el tipo consumado constituirá un exceso respecto a la provocación y, como tal, deberá ser castigado. Los siguientes ejemplos pueden contribuir a visualizar estas dos posibilidades:

1) El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma, sabiendo perfectamente que esta se encuentra descargada. Desconociendo este extremo, el sujeto provocado intenta disparar con dicha arma de forma infructuosa. No obstante, tras el disparo fallido, al percatarse de que la pistola no tiene munición, saca de forma completamente imprevisible una bala que tenía guardada en su bolsillo y, antes de que el agente provocador pueda reaccionar, la introduce en el cargador y efectúa el disparo letal; 2) El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma, creyendo que está descargada pero sin haber detectado, a causa de un descuido, que quedaba una bala en la recámara. El sujeto provocado dispara con dicha arma sobre el tercero y lo mata. Aunque en ambos casos se ha provocado una tentativa de homicidio, en ninguno de los dos puede decirse que el agente provocador haya favorecido voluntariamente su consumación. En consecuencia, el sujeto provocado deberá ser castigado tanto en un supuesto como en el otro. Ahora bien, las razones que impiden afirmar que el homicidio consumado ha sido favorecido voluntariamente por el agente provocador difieren en el caso 1) y 2). En el primero, la consumación del homicidio no puede ser objetivamente imputada a la incitación del agente provocador porque esta resultaba (intersubjetivamente) imprevisible desde su posición. Por ello, la incitación del agente provocador sería, directamente, atípica.

En cambio, en el segundo supuesto, dicha consumación sí que resulta objetivamente imputable a su incitación, aunque no pueda serle subjetivamente imputada a título de dolo. Por este motivo, la incitación del agente provocador podría ser castigada como homicidio imprudente¹⁵⁷³. En todo caso, la imposibilidad de imputar objetiva (caso 1) y subjetivamente a título de dolo (caso 2) la consumación al agente provocador —y, por tanto, considerar que el homicidio consumado ha sido favorecido voluntariamente por

¹⁵⁷² En el mismo sentido, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 213; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 245.

¹⁵⁷³ En estos casos, la doctrina suele defender la responsabilidad del agente provocador como autor accesorio por imprudencia. En este sentido, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, cit., pág. 285; MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 69; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 470.

este— hace que el sujeto provocado deba responder por ella¹⁵⁷⁴. Al fin y al cabo, dicha consumación constituye un exceso respecto a la provocación. En cambio, cuando la consumación pueda ser objetiva y subjetivamente imputada —al menos, a título de dolo eventual— al agente provocador, el delito consumado resultante quedará comprendido por el elemento de la provocación. Así, por ejemplo: 3) *El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador sabe que el arma está cargada, pero espera impedir que el disparo se efectúe abalanzándose sobre el sujeto provocado en el último momento. De todos modos, es consciente del alto riesgo que implica su plan y, aunque no quiere que el tercero muera, asume dicha posibilidad en pos de obtener el castigo del sujeto provocado. Finalmente, el agente provocador no logra evitar el disparo y el tercero muere.* En tanto que la consumación pueda ser imputada al agente provocador a título de dolo eventual, el homicidio consumado deberá entenderse favorecido voluntariamente por este y, por ello, provocado. De todos modos, a pesar de que en este supuesto se cumple el elemento de la provocación, el sujeto provocado deberá responder igualmente por el homicidio consumado, pues dicha provocación, al ser típicamente antijurídica, no resultaría imputable al Estado¹⁵⁷⁵.

Tal y como indican DUFF ET AL., favorecer voluntariamente una tentativa resulta incompatible con reprochar esa tentativa, pero no con censurar su consumación cuando

¹⁵⁷⁴ De esta manera, el problema planteado *supra* en el apartado 7.1.6 del capítulo III se resuelve por sí solo. Recordemos que dicho problema trataba de poner de manifiesto los inconvenientes derivados de no delimitar la impunidad del sujeto provocado a partir del criterio del bien jurídico: “*Imaginemos que un policía de incógnito le ofrece una importante recompensa a un sujeto a cambio de acabar con la vida de un tercero. El policía en cuestión tiene un operativo preparado para evitar que el delito de homicidio al que está instigando pueda consumarse. No obstante, por algún imponderable, el sujeto que ha recibido la recompensa se entera de que la persona que se la ha entregado es un policía. Pues bien, desde ese momento, dicho sujeto sabrá que puede matar al tercero sin consecuencias. En tanto que ha sido instigado a ello por un policía, la posterior ejecución delictiva le “saldrá gratis”. Si logra superar las medidas de protección establecidas por la policía —que no son infalibles y están diseñadas para atraparlo por sorpresa— podrá matar impunemente al tercero. Si el criterio de la lesión del bien jurídico no tiene ninguna relevancia, a priori resulta muy complicado excluir que terceros puedan quedar desprotegidos por el Derecho penal a causa de una instigación policial*”. Pues bien, en tanto que una eventual consumación del asesinato no sería, ni siquiera, objetivamente imputable a la incitación policial —por ser intersubjetivamente imprevisible— el sujeto provocado debería responder por dicho exceso. El tipo de asesinato consumado no habría sido favorecido voluntariamente por el agente provocador y, por tanto, podría ser legítimamente castigado. De este modo, el posible incentivo del sujeto provocado para ejecutar el asesinato quedaría anulado —junto con la desprotección del tercero— pues su consumación no resultaría impune.

¹⁵⁷⁵ Adviértase que, en este último supuesto, aunque el homicidio finalmente no se consumara —ya sea porque el agente provocador lograra evitarlo en el último instante, o porque el tiro no diera en el blanco— el sujeto provocado debería ser igualmente castigado por la tentativa provocada. En tanto que el agente provocador actuaba con dolo (eventual) de consumación, su provocación sería típicamente antijurídica y, por ello, no resultaría imputable al Estado. En todo caso, el eventual desistimiento activo del agente provocador —si consigue impedir el disparo en el último momento— no anularía la antijuridicidad de su incitación y, en consecuencia, aunque el agente provocador quedara exento de pena, el sujeto provocado debería ser castigado por tentativa, pues su provocación seguiría sin ser imputable al Estado.

esta constituye un exceso¹⁵⁷⁶. La contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado se circunscribe a los tipos delictivos favorecidos voluntariamente por el agente provocador. Por ello, el sujeto provocado puede ser legítimamente castigado por un tipo distinto al que ha sido provocado¹⁵⁷⁷. No obstante, desde mi punto de vista, debido a que toda infracción consumada presupone una tentativa, el favorecimiento voluntario de la segunda debería debilitar, aunque sea parcialmente, la legitimidad del castigo de la primera. Al fin y al cabo, una parcela del injusto que se reprocha —su desvalor de acción— sí que ha sido favorecida voluntariamente. Del mismo modo que el partícipe no puede ser castigado por el exceso del autor, pero sí por el tipo abarcado por su dolo¹⁵⁷⁸, la corresponsabilidad del Estado por una tentativa no le impediría censurar la consumación (el exceso) pero sí una parte del injusto que dicha consumación presupone. En mi opinión, ello debería comportar, al menos, una reducción de la pena¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 245. Sin embargo, vid. las dudas que expresan estos autores en la nota 27.

¹⁵⁷⁷ Similar, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 213.

¹⁵⁷⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 422.

¹⁵⁷⁹ Recuérdese que, en el caso k), la adquisición de “algunos kilos de más” comportaba el castigo del sujeto provocado por dicho exceso, pero, al mismo tiempo, su impunidad por la compraventa de los 5 kilos de hachís solicitados por la policía. En ese caso la solución es más sencilla porque el exceso constituye, por sí mismo, un delito autónomo y, por tanto, puede separarse perfectamente del injusto provocado que no puede ser legítimamente castigado. Dicha separación resulta más compleja cuando el exceso no conforma, por sí mismo, un delito propio (ya sea porque se plasma en la consumación de la infracción o en la realización de un tipo agravado). En todo caso, al igual que se ha defendido *supra* la atenuación de la pena cuando la corresponsabilidad del Estado es la propia de un mero cómplice, creo que su corresponsabilidad parcial en el delito del sujeto provocado debería traducirse en una rebaja de la pena equivalente.

8. El elemento de la imputación al Estado

El elemento de la imputación al Estado limita las provocaciones que comportan la impunidad del sujeto provocado a aquellas que hayan sido realizadas por funcionarios públicos y, además, no sean típicamente antijurídicas. De este modo, excluye la absolución del sujeto provocado por cualquier delito cuya provocación provenga de un *particular* y no pueda ser atribuida (directa o indirectamente) a un *funcionario público*. Igualmente, impide dicha absolución cuando la provocación de un funcionario se encuentre *penalmente prohibida* y, por ello, pueda ser desvinculada de la voluntad del Estado. En todo caso, este elemento ni presupone ni excluye el conocimiento del sujeto provocado acerca la condición estatal del agente provocador y, en consecuencia, tampoco hace lo propio con la concurrencia de un *engaño*.

8.1. Particulares y funcionarios públicos

La contradicción que fundamenta la objeción de la complicidad se circunscribe al reproche de la conducta *que uno mismo* ha favorecido de forma voluntaria e injustificada. Mediante la censura del comportamiento *que otro sujeto* ha favorecido (voluntaria e injustificadamente) no se incurre en contradicción alguna. Al fin y al cabo, dicho favorecimiento no niega el carácter reprochable de la conducta en cuestión sino, simplemente, la legitimidad del reproche de quien lo ha llevado a cabo. Por ello, la impunidad del sujeto provocado depende de que su provocación pueda ser atribuida al mismo ente que, mediante la pena, debe formular el reproche. Esto es, al Estado. Si la provocación y el castigo provienen de sujetos distintos, ni uno ni otro incurrirán en contradicción. En tanto que la provocación no justifica el delito del sujeto provocado, el Estado podrá sancionarlo legítimamente si la actuación del agente provocador no puede serle imputada.

Para que una provocación pueda ser imputada al Estado parece razonable exigir que, como mínimo, haya sido realizada por una persona que lo represente. Es decir, por un *funcionario público*. Con independencia de la amplitud con la que se interprete este concepto (art. 24.2 CP) las personas que no participen de modo alguno en el ejercicio de funciones públicas nunca podrán ser consideradas como tales. De este modo, las provocaciones realizadas por simples *particulares* que actúan al margen de cualquier tipo de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ser imputadas al Estado y, por ello, deberán comportar el castigo del sujeto provocado. Así, por ejemplo:

f) *Un timador ofrece a Pablo la posibilidad de adquirir unas joyas por 10.000€. Según el timador dichas joyas tienen un valor de 100.000€ y la razón por la cual las vende tan*

baratas es que son robadas. Pablo acepta el trato con intención de lucrarse mediante su reventa. En realidad, las joyas son meras imitaciones cuyo valor no alcanza los 1.000€ y no proceden de robo alguno. Aunque la tentativa (inidónea) de receptación realizada por Pablo haya sido provocada por el timador, la imposibilidad de calificar a este último como funcionario público impedirá su imputación al Estado. De este modo, Pablo podrá ser legítimamente castigado, pues mediante la censura de su conducta el Estado no incurrirá en contradicción alguna.

La práctica totalidad de las construcciones jurisprudenciales (y legales) examinadas en la primera parte de este trabajo condicionan la impunidad del sujeto provocado a que el agente provocador tenga la condición de funcionario estatal¹⁵⁸⁰. No obstante, el delito provocado constituye la excepción a esa regla. En este sentido, el requisito teleológico de esta figura se conforma con que el agente provocador actúe con el propósito de obtener el castigo del sujeto provocado, sin requerir adicionalmente que la provocación provenga de un funcionario. En la práctica de la jurisprudencia española, la posibilidad de apreciar un delito provocado ante la incitación de un simple particular tiene una consecuencia especialmente relevante: la impunidad de los encargados de determinados establecimientos comerciales —básicamente copisterías y oficinas de informática— por delitos contra la propiedad intelectual instigados por detectives privados contratados por los titulares de los derechos infringidos. Un ejemplo paradigmático:

b) El Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) contrató como señuelo a un investigador privado para acudir a diversos establecimientos solicitando que le hicieran fotocopias de libros. A tal efecto, dicho investigador se personó en una copistería y consiguió que el encargado le fotocopiara varios manuales con derechos de autor. A raíz de ello, CEDRO interpuso una querrela por un delito contra la propiedad intelectual¹⁵⁸¹.

En mi opinión, el argumento de la legitimidad comporta inevitablemente negar la impunidad del sujeto provocado en estos casos y, por tanto, contradecir la posición de la jurisprudencia española. Si el fundamento de dicha impunidad es la contradicción entre la provocación de una conducta y su censura, resulta imprescindible que ambas puedan ser atribuidas al mismo sujeto. Esto no ocurre cuando la provocación la lleva a cabo un detective privado (contratado por un particular) y la censura el Estado. Para poder apreciar una contradicción en estos casos sería necesario, o bien entender que los detectives privados actúan en representación del Estado, o bien que, en estos delitos, el Estado efectúa el reproche en nombre de los agraviados que, precisamente, son los que han

¹⁵⁸⁰ Vid. *supra* el apartado 7.1.5 del capítulo III.

¹⁵⁸¹ SAP Málaga —sección 3ª— de 19-9-2001.

provocado (a través del detective) el delito. Ninguna de las dos opciones me parece factible. La primera supondría equiparar la actuación de un detective privado con la de un funcionario, lo cual, ni resulta compatible con la definición jurídico-penal de funcionario (art. 24.2 CP), ni con las previsiones legales que regulan la actividad de los detectives privados (art. 37 LSP)¹⁵⁸². La segunda únicamente me parecería viable si la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual requiriera la denuncia o querrela de la persona agraviada. Esto es, si se tratara de delitos semipúblicos o privados. Solo entonces me parecería razonable entender que el Estado efectúa el reproche en nombre del agraviado, pues su formulación quedaría condicionada a la voluntad de este. No obstante, el texto del Código penal vigente —al contrario de lo que ocurría con su versión original de 1995— configura estas infracciones como delitos públicos y, por tanto, perseguibles de oficio¹⁵⁸³. Desde mi punto de vista, dicha configuración impide atribuir simbólicamente el reproche que efectúa el Estado al mismo sujeto (el agraviado) que ha provocado la infracción que lo motiva y, en consecuencia, apreciar la contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado. Al fin y al cabo, el Estado podría realizar legítimamente ese reproche aunque el agraviado no lo quisiera. Además, negar la legitimidad del Estado para castigar cualquier delito público que haya sido provocado por el titular del bien jurídico afectado —por entender que el reproche se efectúa en su nombre y, por ello, resulta contradictorio¹⁵⁸⁴— conllevaría necesariamente consecuencias que estimo inasumibles. En particular, hacer prácticamente inaplicable el delito de cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.3 CP), así como tornar superflua la previsión del art. 155 CP sobre el consentimiento en las lesiones. En efecto, la inmensa mayoría de delitos de cooperación ejecutiva al suicidio presuponen el favorecimiento voluntario de dicha cooperación por parte del suicida. Lo mismo ocurre con la atenuación prevista en el art. 155 CP para las lesiones consentidas: su aplicación requiere que el sujeto que sufre la lesión —por ejemplo, una amputación— haya favorecido de forma voluntaria su

¹⁵⁸² Además, si esto fuera así, los encargados de copisterías y establecimientos similares deberían ser absueltos por los delitos contra la propiedad intelectual provocados por detectives privados aunque estos hubieran actuado *motu proprio*, sin haber sido contratados por los titulares de los derechos infringidos. En tanto que su provocación sería directamente imputable al Estado, la intervención del agraviado (a través de la contratación del detective) sería irrelevante.

¹⁵⁸³ Desde la reforma operada por la LO 15/2003, de 25-11, la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual (e industrial) no requiere la denuncia de la persona agraviada (o la afectación los intereses generales o a una pluralidad de personas), pues el art. 287 CP deja de hacer referencia a ellos. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, cit., pág. 110; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 602.

¹⁵⁸⁴ En este sentido parecen pronunciarse DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 244, aunque admiten que las razones que cuestionan la legitimidad del reproche son más débiles en estos casos y, en consecuencia, limitan la impunidad del sujeto provocado a las provocaciones que rozan la coacción (“*quasi-coercion cases*”).

realización, al menos, mediante su “*consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido*”. Si la provocación de cualquier delito (público) por parte del titular del bien jurídico afectado impide al Estado reprocharlo legítimamente, el ámbito de cooperaciones ejecutivas al suicidio o lesiones consentidas que podrían ser sancionadas tendería a cero. Teniendo en cuenta que, en ambos casos, el Código penal prevé expresamente su castigo —atenuado respecto al homicidio o las lesiones in consentidas— no parece de recibo enmendarlo y convertir, *de facto*, dichos preceptos en papel mojado. Si se estima necesario castigar a quien mata o lesiona (dolosamente) a otro cuando este ha favorecido voluntariamente su propia muerte o lesión, no puede sostenerse que cualquier infracción provocada por el titular del bien jurídico protegido excluya la legitimidad del Estado para reprocharla y, por tanto, tampoco que los delitos contra la propiedad intelectual provocados (a través de detectives privados) por los titulares de los derechos infringidos deban permanecer impunes.

Quizás podría sostenerse que el Estado solamente efectúa el reproche en nombre del agraviado cuando su consentimiento hubiera hecho desaparecer toda la lesividad del delito (público) cometido contra él (“*Einverständnis*”), pero no cuando, a pesar de este, la lesividad de la infracción subsistiría (“*Einwilligung*”)¹⁵⁸⁵. De esta manera, la contradicción que menoscaba la legitimidad del reproche estatal abarcaría las infracciones provocadas por particulares cuyo consentimiento, de haber sido conocido por el sujeto provocado, determinaría la atipicidad de su conducta. Así, cuando el propietario provoca el hurto¹⁵⁸⁶, el morador el allanamiento, el detenido su detención, o el titular de los derechos de propiedad intelectual su infracción, el sujeto provocado que comete el delito desconociendo dicho favorecimiento voluntario —pues, de haberlo conocido, su conducta sería atípica— debería ser absuelto. En cambio, quien mata o lesiona a otro (conociendo o no) que ha favorecido voluntariamente su propia muerte o lesión, en todo caso, debería ser castigado, pues el eventual conocimiento del favorecimiento en cuestión nunca determinaría la atipicidad de su comportamiento. De esta forma, los arts. 143.3 y 155 CP seguirían siendo aplicables —dado que el reproche estatal no se efectuaría en nombre del suicida o el lesionado y, por tanto, no sería contradictorio aunque estos hubieran provocado el delito— y las infracciones contra la propiedad intelectual provocadas (a través de detectives privados) por los titulares de los derechos infringidos deberían comportar la impunidad del

¹⁵⁸⁵ Sobre la distinción entre la primera clase de consentimiento (“*Einverständnis*”) y la segunda (“*Einwilligung*”) vid. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 522.

¹⁵⁸⁶ Resulta interesante destacar que la provocación de un hurto por parte de su propietario constituye el primer supuesto en que el Tribunal Supremo español apreció un delito provocado (STS de 22-06-1950). Del mismo modo, las primeras sentencias estadounidenses, previas al siglo XX, en las que se aplica una doctrina similar a lo que acabaría siendo el *entrapment*, también hacen referencia a provocaciones de delitos patrimoniales por sus propias víctimas. Vid. al respecto ROIPHE, “*The Serpent Beguiled Me*”, cit., pág. 277.

sujeto provocado.

No obstante, la interpretación acabada de esbozar se enfrenta a dos obstáculos, a mi juicio, insalvables. En primer lugar, sostener que el Estado efectúa el reproche en nombre del titular del bien jurídico afectado cuando su consentimiento hubiera determinado la atipicidad del delito (público) en cuestión supone mezclar dos planos que, desde mi punto de vista, merecen ser separados. Una cosa es que la existencia de un delito dependa del consentimiento del titular del bien jurídico y, en cambio, otra distinta es que la pena se imponga en su nombre. Lo primero supone admitir que su voluntad puede negar el carácter reprochable de una conducta, mientras que lo segundo implica que, presupuesto dicho carácter, la formulación del reproche se condiciona a su voluntad. Si la persecución del delito no depende del titular del bien jurídico afectado —como sí ocurre en los delitos privados o semipúblicos— afirmar que la pena se impone en su nombre resulta incongruente. Un reproche no puede ser efectuado legítimamente en representación de alguien que se opone a él. Por ello, en los delitos públicos no puede atribuirse simbólicamente la censura del Estado al titular del bien jurídico y, en consecuencia, apreciar la contradicción que niega su legitimidad cuando este haya provocado su comisión.

La segunda objeción a la que se enfrenta este planteamiento es de carácter práctico. Si se admitiera que, en estos casos, el Estado efectúa el reproche en nombre del titular del bien jurídico —y, por tanto, incurre en contradicción cuando este ha provocado la infracción— necesariamente debería admitirse su legitimidad cuando el delito haya sido provocado por un funcionario público. En efecto, si el reproche se formula en nombre del titular del bien jurídico, únicamente será contradictorio —y, por ello, ilegítimo— cuando el delito que lo motiva haya sido provocado, precisamente, por el titular del bien jurídico. De este modo, la provocación de un hurto, allanamiento de morada, o delito contra la propiedad intelectual, realizada por un policía debería comportar el castigo del sujeto provocado. Así, por ejemplo, si un agente policial se dedicara a provocar infracciones contra la propiedad intelectual en copisterías, del mismo modo que lo hacen los detectives privados contratados por los titulares de los derechos infringidos, los sujetos provocados deberían ser castigados, pues su censura se efectuaría en nombre de un sujeto distinto (el agraviado) al que ha llevado a cabo la provocación (el Estado)¹⁵⁸⁷. En este sentido, si la impunidad del sujeto provocado se circunscribe a los delitos favorecidos voluntariamente por el mismo sujeto al que se atribuye el reproche, o bien las infracciones contra la propiedad intelectual

¹⁵⁸⁷ Además, la provocación del policía en estos casos sería atípica, pues “*una copia privada de un original efectuada por su dueño es una conducta legal (...) Aunque el particular realice la copia en un establecimiento público y el art. 10 del RD 1434/1992 considere que ésta no es una copia privada, la conducta del consumidor (...) no es merecedora de punición*” (SAP A Coruña —sección 6ª— 2/2007, de 23-1). Igualmente, en estos casos el policía no actuaría con ánimo de lucro y, por tanto, su conducta tampoco cumpliría con el tipo subjetivo del art. 270 CP. Respecto al contenido de este último vid. GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos”, RPJ, núm. 66, 2002, págs. 176 y ss.

provocadas por la policía deben ser castigadas (si el reproche se atribuye al agraviado), o bien esas mismas infracciones provocadas por el titular del bien jurídico deben sancionarse (si el reproche se atribuye al Estado). *Tertium non datur*. Desde mi punto de vista, lo segundo resulta preferible a lo primero¹⁵⁸⁸.

De todos modos, aunque en estos casos la impunidad del encargado de una copistería o establecimiento similar no pueda ser fundamentada en virtud de la provocación del detective privado, ni ello significa que su provocación sea lícita, ni que el encargado deba ser castigado en todo caso. En primer lugar, la reciente Ley de Seguridad Privada establece expresamente que “*los detectives privados no podrán celebrar contratos que tengan por objeto la investigación de delitos perseguibles de oficio ni, en general, investigar delitos de esta naturaleza*” (art. 10.2 LSP)¹⁵⁸⁹. Precisamente, la configuración de las infracciones contra la propiedad intelectual como delitos públicos —y, por tanto, perseguibles de oficio— debería impedir que, en la actualidad, los detectives privados acepten esta clase de encargos por parte de los titulares de los derechos en cuestión, pues el incumplimiento de la prohibición mentada constituye una infracción (muy grave) que la propia Ley de Seguridad Privada sanciona (art. 58.1 f LSP). En segundo lugar, en algunos de estos casos, la propia jurisprudencia ha estimado que “*la fotocopia en un establecimiento público, para uso privado de quien lo solicita, de un libro o parte del mismo es un hecho que, por más que genere a favor del titular de los derechos de autor los correspondientes devengos económicos, es un hecho penalmente atípico*”¹⁵⁹⁰. De este modo, aunque las copias privadas realizadas desde estos establecimientos sean ilícitas (31.2 LPI) y dicha realización quede formalmente abarcada por el tipo del art. 270.1 CP, el principio de intervención mínima determinaría que la “*copia privada de un único original que los clientes llevaban a su tienda para copiar, no puede considerarse*

¹⁵⁸⁸ Sin embargo, considero que las provocaciones realizadas por particulares sí que podrían tener relevancia en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Concretamente, en aquellos que los propios particulares pueden imponer medidas de contenido análogo a las sanciones. Así, por ejemplo, un despido disciplinario laboral podría resultar ilegítimo si la infracción del trabajador que lo motiva ha sido provocada por su empleador. Aquí, el reproche propio de esta medida disciplinaria sí que resulta atribuible al mismo sujeto (el empleador) que ha favorecido voluntariamente el hecho que determina el despido y, por tanto, su legitimidad podría negarse en virtud de la misma contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado. Vid. en este sentido la STSJ Sevilla —sección 1ª— 2266/2016, de 14-9.

¹⁵⁸⁹ El art. 37.4 LSP vuelve a repetir dicha prohibición: “*Los detectives privados no podrán investigar delitos perseguibles de oficio*”.

¹⁵⁹⁰ SAP Castellón —sección 3ª— 56/2003, de 27-2. Según esta resolución, facilitar una copia para uso privado desde un establecimiento mercantil constituye un ilícito civil, pero no tiene lesividad suficiente para constituir un delito del art. 270 CP mientras el titular o gerente del establecimiento no “*dispusiera del original o de la llamada copia maestra y de las mismas hiciera, a cambio del correspondiente precio, fotocopias a todo aquel que lo solicitara sin aportar a su vez el modelo a copiar*”.

*antijurídica desde el punto de vista del Derecho penal*¹⁵⁹¹. A pesar de que esta jurisprudencia no es unánime¹⁵⁹² y, además, no puede cubrir todas las provocaciones imaginables que puede llevar a cabo un detective privado —si este solicita un elevado número de copias el principio de intervención mínima probablemente resultará inaplicable— no me parece un mal expediente para excluir la punición de los casos más sangrantes.

En todo caso, las provocaciones realizadas por confidentes o informantes que actúan “por encargo policial” podrán ser imputadas al Estado aunque estos no tengan la condición de funcionarios públicos¹⁵⁹³. Al igual que ocurre con la mayoría de construcciones jurisprudenciales que delimitan su ámbito aplicativo a partir de la condición personal del agente provocador, el elemento de la imputación al Estado debe abarcar todas aquellas provocaciones efectuadas por personas que siguen instrucciones policiales¹⁵⁹⁴. Al fin y al cabo, aunque la policía no haya provocado directamente el delito, sus instrucciones constituyen, como mínimo, un favorecimiento voluntario del mismo equiparable a la cooperación necesaria¹⁵⁹⁵. Por ello, en última instancia, la provocación del confidente o informante podrá ser imputada al funcionario que se la ha encargado y, de este modo, también al Estado.

¹⁵⁹¹ SAP A Coruña —sección 6ª— 2/2007, de 23-1. Esta sentencia resume del siguiente modo el núcleo de su argumentación: “Una cosa debe ser que se haya podido contribuir a infringir de algún modo la legislación protectora de la propiedad intelectual y que esa conducta pudiera dar lugar al pago de algún tipo de indemnización, y otra que pueda ser considerada como una conducta penalmente relevante. El punto fundamental es que se admite que una copia privada de un original efectuada por su dueño es una conducta legal, y de ahí la previsión del art. 31.2 LPI. Aunque el particular realice la copia en un establecimiento público y el art. 10 del RD 1434/1992 considere que ésta no es una copia privada, la conducta del consumidor (...) no es merecedora de punición, por lo que la colaboración de otra persona, el empresario, en esa actividad permitida, debe contener algún matiz que la haga especialmente reprochable para merecer una respuesta de tipo punitivo”. En sentido similar, MARTÍNEZ RUIZ, “La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal”, LL, núm. 5, 1997, págs. 1898.

¹⁵⁹² SAP Asturias —sección 3ª—90/2001, de 28-3. Vid. al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, cit., pág. 119.

¹⁵⁹³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit., pág. 152, se pronuncia en términos similares respecto a la posibilidad de imputar al Estado las infiltraciones de particulares promovidas por agentes policiales.

¹⁵⁹⁴ Así, por ejemplo, el TEDH circunscribe la provocación policial a las actuaciones de “miembros de las fuerzas del orden o personas que intervienen a su solicitud” (STEDH caso *Bannikova v. Rusia*, de 4-11-2010, párr. 37). Del mismo modo, el BGH equipara la actuación de un policía a la de un “confidente dirigido por un funcionario público” en la delimitación de la *unzulässige Tatprovokation* (BGH, NStZ 2016, 52, párr. 24). Tal y como indica, ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation”, cit., pág. 425, el Estado solamente podría desvincularse de dicha actuación si esta era imprevisible para la policía.

¹⁵⁹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 419, indica que la (mal) denominada “inducción en cadena” no constituye una forma de favorecimiento asimilable a la inducción —pues a ello se opone la exigencia de que esta sea directa— sino a la cooperación necesaria.

8.2. Provocaciones prohibidas

No todas las provocaciones realizadas por funcionarios públicos resultan imputables al Estado. En particular, las provocaciones que el propio Estado ha prohibido no pueden serle imputadas, por mucho que las hayan llevado a cabo personas que ostentan la condición de funcionarios¹⁵⁹⁶. En tanto que el Estado repudia dichas provocaciones mediante su prohibición, la expresión de censura o desaprobación ante el delito promovido no resulta contradictoria¹⁵⁹⁷. Al fin y al cabo, tal y como indica MIR PUIG, la prohibición “*es el modo que tiene el Derecho preventivo de expresar la voluntad de que no se realicen conductas lesivas*”¹⁵⁹⁸. Si el Estado trata de impedir que sus representantes lleven a cabo determinadas provocaciones a través de su prohibición, en el momento de reprochar la conducta del sujeto provocado podrá sostener, sin incurrir en contradicción, su voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo. Dicha voluntad solo podrá ponerse en duda cuando la provocación del funcionario público goce de su consentimiento. Esto es, cuando no se encuentre prohibida. Teniendo en cuenta que las únicas provocaciones prohibidas —tanto a funcionarios como a particulares— son aquellas que constituyen un injusto penal, solamente la antijuridicidad de una provocación (realizada por un funcionario) excluirá su imputación al Estado y, por tanto, la impunidad del sujeto provocado.

Los funcionarios públicos solo representan al Estado cuando actúan en el ejercicio de sus funciones. Cuando estos cometen un delito —por ejemplo, una provocación antijurídica— no ejercen sus funciones y, por ello, no representan al Estado. Ahora bien, aunque las provocaciones atípicas no se encuentran prohibidas, tampoco figuran entre las competencias que los funcionarios (policiales) tienen asignadas. Al contrario de lo que ocurre con otras diligencias policiales, dichas provocaciones no cuentan con un respaldo legal que permita incluirlas dentro del catálogo de funciones públicas que la policía debe ejercer. No obstante, a pesar de que una provocación atípica pueda constituir una irregularidad o extralimitación, el policía que la realiza sigue actuando en el ejercicio de

¹⁵⁹⁶ Similar, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 191; C. ROXIN, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99”, cit., pág. 370; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 245.

¹⁵⁹⁷ En este sentido, DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 93, afirma que la provocación de un funcionario público puede comportar el castigo del sujeto provocado “*siempre que para la comunidad política y para aquellos en cuyo nombre esta y sus agentes supuestamente actúan fuera posible repudiar la conducta del funcionario y, con ello, llevar adelante la acusación —en caso de corresponder— con las manos limpias; esto es, siempre que haya un «nosotros» que pueda afirmar colectivamente que tenemos las manos limpias en lo que se refiere a esta cuestión*”.

¹⁵⁹⁸ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 86. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 330.

sus funciones y, por tanto, en representación del Estado¹⁵⁹⁹. Al fin y al cabo, si esta “no es oficialmente sancionada, tiene todavía una incómoda cercanía con las tácticas que disfrutaban de aprobación oficial”¹⁶⁰⁰. En este sentido, la comisión de un delito por parte de un funcionario nunca constituye un ejercicio de las funciones de su cargo —aunque haya podido ser realizado con ocasión de su desempeño¹⁶⁰¹— mientras que la provocación (atípica) de una infracción, en tanto que no se encuentra prohibida, sí que puede ser comprendida como una actuación propia de su ejercicio¹⁶⁰².

El mismo criterio esbozado para imputar (o no) la provocación de un funcionario al Estado ha sido empleado por un sector doctrinal para distinguir entre, por un lado, las extralimitaciones de un agente de la autoridad cuya concurrencia niega que las agresiones cometidas contra él constituyan un delito de atentado y, por el otro, los excesos policiales que se estiman irrelevantes a estos efectos¹⁶⁰³. Es decir, para determinar cuándo los agentes policiales actúan (o no) “en el ejercicio de las funciones de sus cargos” (art. 550.1 CP). Así, dicho sector doctrinal “recurre a la contraposición entre actos nulos y anulables para delimitar los excesos que excluyen el atentado”¹⁶⁰⁴. Según VIVES ANTÓN y CARBONELL

¹⁵⁹⁹ I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 188.

¹⁶⁰⁰ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 90. Obviamente, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un precepto que sancionara (penal o administrativamente) cualquier provocación realizada por un funcionario público permitiría que el Estado se desvinculara de ellas y, por tanto, pudiera castigar al sujeto provocado sin incurrir en contradicción. Vid. *supra* el apartado 7.3 y, en particular, la nota 1565.

¹⁶⁰¹ En este sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 501, señalaba en su día que “de haber llevado a cabo un funcionario público una acción antijurídica —v. gr., unas lesiones injustificadas— cabrá ciertamente entender que su conducta ha sido llevada a cabo con ocasión del desempeño de sus funciones, pero no el que constituye un ejercicio de las «funciones de su cargo»”.

¹⁶⁰² Por ello, DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 90, indica que la imputación de una provocación al Estado y, por tanto, la impunidad del sujeto provocado depende “de que la funcionaria haya desempeñado incorrectamente sus deberes oficiales y no de que haya actuado por completo al margen de ellos”. En un sentido similar, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 188.

¹⁶⁰³ Tal y como indica ROIG TORRES, *El delito de atentado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 182, existe “unanimitad en la doctrina en negar la existencia del atentado respecto a los excesos más graves de la autoridad o funcionario, con la matización de que la reacción del sujeto activo ha de ser consecuencia de la actitud abusiva del empleado público. E, igualmente, hay cierta coincidencia en mantener la calificación de atentado en las hipótesis de extralimitaciones menores o meras irregularidades, si bien (...) para llegar a esta conclusión se sustentan razonamientos muy distintos desde el punto de vista dogmático”.

¹⁶⁰⁴ ROIG TORRES, *El delito de atentado*, cit., pág. 183. Vid. entre otros, VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, “Artículo 550 CP”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2079; CARRASCO ANDRINO/ÁLVAREZ GARCÍA, “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, RECPC, núm. 20, 2018, pág. 55. Críticamente, JAVATO MARTÍN, *El delito de atentado: modelos legislativos, estudio histórico-dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pág. 390, sostiene que esta postura “opera con un incorrecto manejo de los principios del derecho administrativo. En este sentido, se ha resaltado la errónea equiparación por parte de esta teoría de lo que son auténticos actos administrativos, la resolución a ejecutar, y lo que meramente constituye actos reales, acciones físicas. Los actos administrativos pueden ser nulos, anulables o legítimos; no así los actos reales respecto a los cuales no tiene sentido considerar su eficacia o ineficacia”.

MATEU, cuando el exceso conforma un acto meramente anulable “*cabrá seguir afirmando que el funcionario actúa como tal y que se haya ejerciendo la función pública*”¹⁶⁰⁵. En cambio, cuando las extralimitaciones policiales constituyen actos nulos “*ni el funcionario público actúa como tal, ni puede hablarse, en puridad, de ejercicio de la función pública*”¹⁶⁰⁶. Pues bien, cuando un funcionario comete un delito nunca actúa en el ejercicio de sus funciones —y, por tanto, la respuesta a este no constituye un atentado— *porque los actos delictivos siempre son nulos*. Precisamente, el art. 47.1 d) LPACAP determina —al igual que hacía el antiguo art. 62.1 d) de la LRJPAC— la nulidad de pleno derecho de todos los actos “*que sean constitutivos de infracción penal*”. Por el contrario, un funcionario público puede actuar irregularmente en el ejercicio de sus funciones —quedando así protegido por el tipo de atentado— porque “*la infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*” únicamente comporta la anulabilidad del acto realizado (art. 48.1 LPACAP). De acuerdo con esta distinción, un policía nunca ejercería funciones públicas al llevar a cabo una provocación antijurídica —por ser delictiva y, por tanto, nula— mientras que sí actuaría en el ejercicio de las mismas al realizar una provocación irregular pero atípica. En consecuencia, un funcionario policial no actuaría en representación del Estado al llevar a cabo la primera, pero sí al realizar la segunda.

Conviene destacar que las provocaciones antijurídicas realizadas por funcionarios públicos no son imputables al Estado, precisamente, por ser antijurídicas —esto es, por estar prohibidas— y no porque comporten el castigo del agente provocador¹⁶⁰⁷. Normalmente lo primero llevará a lo segundo, pero sin lo segundo puede darse lo primero. Así, por ejemplo, el funcionario público que realiza una provocación antijurídica puede morir antes de ser condenado, darse a la fuga, quedar incapacitado o, incluso, no ser castigado en virtud de una excusa absolutoria o causa de exculpación. En todo caso, la concurrencia de estas circunstancias no permite imputar la provocación antijurídica de un funcionario al Estado, pues lo que excluye dicha imputación es la prohibición (penal) de la provocación y no su castigo. El Estado puede desvincular su voluntad de la provocación de un funcionario —y, por tanto, sancionar al sujeto provocado sin incurrir en contradicción— en tanto haya prohibido su realización. Su eventual castigo resulta, a

¹⁶⁰⁵ VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, “Artículo 550 CP”, cit., pág. 2080.

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁷ Con cierta ambigüedad, DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 190, parece insinuar lo contrario al afirmar que si la provocación “*puede ser efectivamente repudiada y transformada de conducta oficial en conducta de los oficiales, puede argumentarse que el juicio contra el acusado puede proceder, siempre que los funcionarios sean también llamados a rendir cuentas por su conducta*”. En términos similares se pronuncia en DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 134. En todo caso, ROGERS, “The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials”, cit., pág. 295, interpreta sus palabras en el sentido de exigir, como condición para castigar al sujeto provocado, que se procese antes al funcionario que lo ha provocado.

estos efectos, contingente¹⁶⁰⁸. En este sentido, las provocaciones antijurídicas de un funcionario público nunca serán imputables al Estado y, por ello, siempre deberán comportar el castigo del sujeto provocado, aunque el agente provocador —por cualquier circunstancia— no resulte sancionado.

La exclusión de la impunidad del sujeto provocado por todas aquellas infracciones provocadas antijurídicamente por un funcionario público resuelve la principal objeción que suele oponerse al argumento de la legitimidad. Esta es, en palabras de MUÑOZ SÁNCHEZ, que dicho argumento “*llevaría en los delitos contra la vida y la integridad física a resultados inadmisibles. Piénsese en el inducido por el agente provocador que mata a otra persona. Aquí el inducido, de acuerdo con este planteamiento, debería quedar impune. Si aceptamos esta tesis estaríamos dejando a disposición de los agentes provocadores la protección de los bienes jurídicos garantizados legalmente*”¹⁶⁰⁹. Pues bien, en tanto que la provocación de un delito consumado contra la vida o la integridad física de un tercero será necesariamente antijurídica —y, por ello, no resultará imputable al Estado— el sujeto provocado siempre deberá responder por su realización. De este modo, los bienes jurídicos personales de terceros nunca quedarán a disposición del funcionario que actúe como agente provocador. Si este pretendía mediante su provocación que el sujeto provocado lesionara la vida o integridad física de un tercero, ambos deberán ser castigados¹⁶¹⁰. Así, por ejemplo:

¹⁶⁰⁸ En el relato familiar expuesto al inicio de este trabajo se ha afirmado, de manera metafórica, que “*el castigo del padre condiciona la legitimidad del castigo del hijo*”. No obstante, lo que condiciona dicha legitimidad no es el efectivo reproche de la conducta del padre, sino lo que este pone de relieve: la disconformidad de la madre respecto al favorecimiento de la conducta del hijo. Dicha disconformidad es previa al reproche y puede separarse analíticamente de este —podríamos imaginar que la madre hubiera prohibido previamente a su marido hacer algo parecido— aunque difícilmente puede plasmarse en un relato que tiene una pretensión meramente introductoria.

¹⁶⁰⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 156. Recuérdese que este mismo argumento, en su día, fue empleado en la BGHSt 45, 321, para descartar que la *unzulässige Tatprovokation* pudiera comportar un impedimento procesal (“*Verfahrenshindernis*”), la pérdida del derecho estatal a castigar (“*Verwirkung des staatlichen Strafanspruch*”), o una causa de exclusión de la pena (“*Strafausschließungsgrund*”). En el mismo sentido, FOTH, “*Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?*”, cit., pág. 222; SCHÜNEMANN, “*Der polizeiliche Lockspitzel –Kontroverse ohne Ende?*”, cit., pág. 428; C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 312.

¹⁶¹⁰ Del mismo modo, si el funcionario que actúa como agente provocador no pretendía que dicha lesión se consumara, pero esta se produce en contra de su voluntad, el sujeto provocado igualmente deberá ser sancionado, pues el tipo consumado constituirá un exceso respecto al favorecimiento voluntario —referido únicamente a la tentativa— que puede serle imputado al Estado. Vid. *supra* el apartado 7.4. Así, todos los casos en que el sujeto provocado realiza un homicidio o unas lesiones consumadas contra un tercero deberán comportar su castigo. Por un lado, si el funcionario que actúa como agente provocador favorece voluntariamente su consumación, la provocación será antijurídica y, por tanto, no podrá ser imputada al Estado. Por el otro, si dicho funcionario solamente favorece voluntariamente la tentativa, aunque su provocación no sea antijurídica —y, por ello, pueda ser imputada al Estado— la eventual consumación del

e) *Unos policías de paisano le ofrecen a Juan 100.000€ euros por matar a un sujeto. Juan comete el asesinato e inmediatamente después es detenido por los agentes que le ofrecieron el dinero. Aunque el asesinato cometido por Juan ha sido provocado por funcionarios públicos, dicha provocación resulta indudablemente antijurídica y, por tanto, no puede ser imputada al Estado. De este modo, Juan debería ser castigado como autor de un asesinato y los policías que le han ofrecido la recompensa como inductores del mismo*¹⁶¹¹.

Condicionar la imputación al Estado de las provocaciones realizadas por funcionarios públicos a su antijuridicidad supone, *de facto*, incorporar el *criterio del riesgo para bien jurídico*¹⁶¹² en la delimitación de la impunidad del sujeto provocado. Al fin y al cabo, las provocaciones que no ponen en riesgo ningún bien jurídico son, por definición, atípicas. De este modo, en tanto que sean realizadas por funcionarios públicos deberán imputarse al Estado y, salvo que estén justificadas, comportar la absolución del sujeto provocado. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con el requisito material del delito provocado, la “*inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido*”¹⁶¹³ no constituye un criterio autónomo que delimite por sí mismo la impunidad del sujeto provocado. *El riesgo para el bien jurídico solo resulta relevante para delimitar dicha impunidad en tanto que determina la tipicidad de la provocación*. Ello tiene tres consecuencias importantes. En primer lugar, que la perspectiva desde la que debe valorarse su concurrencia es la del agente provocador, y no la del sujeto provocado. En segundo lugar, que en función de la clase de infracción favorecida —tentativa, delito de peligro, o con elementos subjetivos del injusto— dicho riesgo se plasmará en distintos requisitos típicos. En tercer lugar, que las provocaciones que pongan en peligro un bien jurídico propio del funcionario que las ha realizado, en tanto que serán atípicas, podrán conllevar la impunidad del sujeto provocado.

delito en contra de su voluntad constituirá siempre un exceso que, como tal, deberá ser sancionado. En definitiva, la provocación de un funcionario nunca dejará desprotegidos los bienes jurídicos personales de terceros, pues su efectiva lesión siempre comportará el castigo del sujeto provocado.

¹⁶¹¹ Esta solución se corresponde con la previsión del *Model Penal Code* (§ 2.13.3) por la cual el *entrapment* no podrá ser apreciado “*cuando la amenaza de causar o el causar daño corporal sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrapamiento*”. Resulta interesante recordar que dicha previsión se fundamenta en que “[*en estos casos*] la opinión pública exigiría, con toda probabilidad, el castigo de los oficiales públicos. La persona perjudicada tendría motivos para solicitar una indemnización civil. No parece generalmente injusto castigar a alguien que ha causado o amenazado con causar daño corporal a otro, aunque haya sido incitado a ello por oficiales públicos” (AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, cit., pág. 420). En este sentido, el *Model Penal Code* vincula —aunque sea de manera meramente intuitiva— la responsabilidad de los funcionarios públicos que provocan el delito con el castigo del sujeto provocado.

¹⁶¹² Vid. apartado 7.1.6 del capítulo III.

¹⁶¹³ SSTS 427/2013, de 10-5; 395/2014, de 13-5; 253/2015, de 24-4.

Las *tentativas* realizadas por el sujeto provocado podrán ser castigadas cuando la provocación del funcionario público resulte antijurídica. Esto solamente ocurrirá cuando el agente provocador actúe con *dolo de consumación* y, a pesar de ello, el sujeto provocado no logre perfeccionar el delito¹⁶¹⁴. De este modo, aunque *ex post* se demuestre que no existía riesgo alguno para el bien jurídico protegido —como sucede, por otro lado, con todas la tentativas— el sujeto provocado deberá ser sancionado. En tanto que la tentativa favorecida voluntariamente por el agente provocador resulte peligrosa desde su propia *perspectiva ex ante*, la provocación deberá estimarse típica y, en consecuencia, excluir la impunidad del sujeto provocado. Los siguientes ejemplos pueden ilustrar los límites de esta clase de situaciones:

1) El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma, sabiendo perfectamente que esta se encuentra descargada. Desconociendo este extremo, el sujeto provocado intenta disparar con dicha arma de forma infructuosa; 2) El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma cargada, sin tener ninguna intención de impedir el tiro. El sujeto dispara varias veces sobre el tercero pero yerra todos los tiros y no consigue acabar con su vida; 3) El agente provocador incita al sujeto provocado a disparar sobre un tercero con un arma. El agente provocador sabe que el arma está cargada, pero espera impedir que el disparo se efectúe abalanzándose sobre el sujeto provocado en el último momento. De todos modos, es consciente del alto riesgo que implica su plan y, aunque no quiere que el tercero muera, asume dicha posibilidad en pos de obtener el castigo del sujeto provocado. Finalmente, el agente provocador logra evitar el disparo embistiendo al sujeto provocado un instante antes de que fuera a apretar el gatillo. En los tres supuestos el sujeto provocado realiza una tentativa de homicidio que, desde su punto de vista *ex ante*, resulta peligrosa para la vida del tercero. Del mismo modo, en los tres casos podrá demostrarse *ex post* —como ocurre con todas las tentativas— que su conducta no entrañaba riesgo alguno para el bien jurídico protegido. No obstante, desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador los tres supuestos son radicalmente distintos. En el caso 1) la tentativa favorecida voluntariamente por el agente provocador resulta completamente inidónea desde su punto de vista *ex ante* —pues este sabía perfectamente que el arma estaba descargada— y, por ello, su provocación resultará atípica. De esta forma, si ha sido realizada por un funcionario (y no se encuentra justificada) deberá comportar la impunidad del sujeto provocado. En cambio, en el supuesto 2) la tentativa favorecida era indudablemente peligrosa desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador —pues nada hacía esperar que todos los tiros fallaran— y, además, este actuaba con dolo (directo) de consumación. En consecuencia, su provocación sería antijurídica y, aunque hubiera sido realizada por un funcionario, no sería imputable al

¹⁶¹⁴ Vid. *supra* el apartado 1.2.1 del capítulo V.

Estado. De este modo, el sujeto provocado debería ser castigado como autor de una tentativa de homicidio y el agente provocador como inductor de esta. Por último, en el caso 3) la tentativa favorecida voluntariamente también era peligrosa desde el punto de vista *ex ante* del agente provocador —pues su plan de evitar el disparo en el último instante podía fracasar por muchos motivos— y este actuaba con dolo (eventual) de consumación. En tanto que su provocación era antijurídica, no resultaría imputable al Estado y, por ello, el sujeto provocado debería ser castigado como autor de una tentativa de homicidio. Por mucho que, en este caso, el agente provocador no fuera sancionado en virtud de su conducta posterior de desistimiento activo (art. 16.3 CP), “*ello no puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya borrar*”¹⁶¹⁵. Aunque el desistimiento excluya el castigo del agente provocador, no anula la antijuridicidad de su provocación¹⁶¹⁶. Tal y como se ha señalado anteriormente, lo que excluye la imputación al Estado de una provocación es su prohibición (penal) y no su castigo. Por esta razón, la impunidad que el agente provocador se ha “ganado” mediante la evitación *in extremis* del disparo no impedirá que el sujeto provocado sea castigado¹⁶¹⁷.

Los *delitos de peligro* realizados por el sujeto provocado también deberán comportar su punición cuando la provocación del funcionario público sea antijurídica. En los delitos de *peligro abstracto* esto ocurrirá cuando la conducta del sujeto provocado, además de resultar peligrosa desde su punto de vista *ex ante*, también puede ser calificada como tal desde la perspectiva propia del agente provocador¹⁶¹⁸. De este modo, el castigo del sujeto provocado quedará condicionado a que la provocación ponga en riesgo el bien jurídico protegido *desde la perspectiva ex ante del agente provocador*. Así, por ejemplo, en los delitos de tráfico de drogas, la provocación de un funcionario público solo será típica cuando los actos favorecidos voluntariamente “*promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas*” (art. 368.1 CP) desde la perspectiva del agente provocador. En cambio, cuando dichos actos únicamente “*promuevan, favorezcan o*

¹⁶¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 369.

¹⁶¹⁶ Obviamente, si se entiende que el desistimiento constituye una causa de atipicidad o un elemento negativo del tipo, la conclusión deberá ser la contraria. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 130; DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, BdeF, Buenos Aires, 2013, pág. 92. Críticamente con estas posturas, BUSTOS RUBIO, “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: naturaleza y fundamento”, RECPC, núm. 19, 2017, pág. 4.

¹⁶¹⁷ Adviértase que, si el agente provocador hubiera fracasado a la hora de evitar el disparo, este debería ser castigado, o bien como inductor de una tentativa de homicidio (si el sujeto provocado hubiera fallado el tiro), o bien como inductor de un homicidio consumado (si el sujeto provocado hubiera dado en el blanco). De este modo, el posible incentivo derivado de obtener el castigo del sujeto provocado mediante una inducción en dolo eventual y un posterior desistimiento activo se vería anulado por el riesgo de ser castigado en caso de que este último fracase. De todas formas, dicho riesgo deberá ser elevado pues, de lo contrario, no concurriría dolo eventual de consumación y, por tanto, el sujeto provocado debería ser absuelto porque la provocación, al no ser antijurídica, resultaría imputable al Estado.

¹⁶¹⁸ Vid. *supra* el apartado 1.2.3 del capítulo V.

faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas” desde la perspectiva del sujeto provocado —requisito imprescindible para que su conducta sea delictiva— pero no desde la posición del agente provocador, la provocación resultará atípica y, por tanto, deberá ser imputada al Estado. Un ejemplo paradigmático:

c) M^a Ascensión fue abordada por unos agentes de la Policía de paisano que le manifestaron la intención de comprar 100.000 pesetas de droga. Tras comentarles que no tenía, se ofreció a buscarla y traerla, poniéndose en contacto con una tercera persona para adquirirla. Cuando volvió con la droga al lugar donde se encontraban los agentes de paisano fue inmediatamente detenida¹⁶¹⁹. Desde la perspectiva de M^a Ascensión, la conducta consistente en obtener y entregar una determinada cantidad de droga a unos desconocidos indudablemente “promueve, favorece o facilita” el consumo ilegal de drogas. Es decir, pone en riesgo el bien jurídico salud pública. No obstante, desde la perspectiva de los policías de paisano, esa misma conducta que ellos han favorecido voluntariamente no “promueve, favorece o facilita” el consumo ilegal de drogas, entre otras cosas, porque ellos disponen de una información adicional de la que carece M^a Ascensión. A saber, que los solicitantes de dicha droga son policías que pretenden decomisarla y detener a quien se la entrega. De este modo, la conducta favorecida voluntariamente por los policías de paisano no pone en riesgo la salud pública desde su perspectiva. Al igual que la conducta de un consumidor que solicita drogas sin ánimo de traficar con ellas resulta atípica —a pesar de que favorece voluntariamente que el vendedor realice un delito de tráfico de drogas— la provocación de los funcionarios públicos también lo será. Precisamente por ello, resultará imputable al Estado y deberá comportar la impunidad de M^a Ascensión.

Adviértase que en este último caso —al igual que ocurre en la práctica totalidad de compras simuladas de drogas— no se podrá afirmar “*que la policía controla absolutamente que la droga no vaya a parar a otros traficantes o consumidores, sino exclusivamente a sus manos*”¹⁶²⁰. Tal y como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, “*la policía no puede estar segura de que el traficante provocado no venda la mercancía adquirida originariamente para el agente provocador a otro interesado que esté dispuesto a pagar más por la mercancía*”¹⁶²¹. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, esto no resulta relevante para la (a)tipicidad de la provocación y, por tanto, tampoco para la responsabilidad del sujeto provocado. Aunque no pueda descartarse que M^a Ascensión, una vez adquirida la droga, cambie de opinión y se la venda a un tercero, dicha posibilidad resulta completamente imprevisible. El riesgo de que eso ocurra es típicamente irrelevante y, por tanto, no comporta la antijuridicidad de la provocación. De lo contrario, todos los consumidores que solicitan drogas sin ánimo de traficar con ellas realizarían conductas típicas, pues nunca podría excluirse que el vendedor

¹⁶¹⁹ SAP Guipúzcoa —sección 2^a— de 12-5-2000.

¹⁶²⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, cit., pág. 78.

¹⁶²¹ *Ibidem*.

acabara entregando la sustancia requerida “a otro interesado que esté dispuesto a pagar más por la mercancía”¹⁶²². De todos modos, si finalmente sucediera algo así y M^a Ascensión vendiera la droga solicitada por los policías de incógnito a un tercero que, por casualidad, se hubiera cruzado en su camino, ese concreto acto de tráfico de drogas podría ser legítimamente castigado. Al fin y al cabo, aunque dicho acto traiga causa de la solicitud policial —en el sentido de la *condicio sine qua non*— su realización era imprevisible y, por tanto, no sería imputable (ni objetiva, ni subjetivamente) a la provocación. El acto de venta en cuestión no habría sido favorecido voluntariamente por la policía y, en consecuencia, constituiría un exceso respecto a la provocación que, como tal, debería ser sancionado.

Por el contrario, cuando los actos favorecidos voluntariamente por un funcionario público “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas” desde su propia perspectiva, la provocación será típica y, en todo caso, deberá comportar el castigo del sujeto provocado. Así, por ejemplo: *por motivos inconfesables, unos policías de incógnito proporcionan la financiación y los medios necesarios para que un sujeto adquiriera una importante remesa de heroína y la distribuya por un determinado barrio. Cuando la mayor parte de esta ya ha sido enajenada, los policías proceden a su detención y decomisan el remanente de droga que todavía se encuentra en su poder*. En este supuesto, los actos de tráfico de drogas favorecidos voluntariamente por la policía ponen en riesgo la salud pública, tanto desde el punto de vista del sujeto provocado como el del agente provocador. Por ello, la provocación resultaría típicamente antijurídica y debería conllevar el castigo de ambos.

En cambio, si se dejan de lado los motivos que cuestionan su legitimidad y se admite la estructura propia de los delitos de *peligro presunto* (o formales) —sin convertirlos en delitos de peligro abstracto vía reducción teleológica¹⁶²³— el sujeto provocado siempre debería ser castigado por ellos. En estas infracciones el peligro de la conducta no sería un elemento típico —sino el motivo de su incriminación¹⁶²⁴— y, por ello, ni su realización ni su provocación requerirían peligrosidad *ex ante* para ser antijurídicas. Precisamente, la estructura de estos delitos se caracterizaría por presumir *iuris et de iure* que un determinado comportamiento resulta peligroso para el bien jurídico y, por tanto, su tipicidad no dependería del riesgo percibido *ex ante* por quien la realiza o la favorece. En tanto que su realización por parte del sujeto provocado se presuma peligrosa, su favorecimiento por parte del agente provocador también lo sería. En consecuencia, su provocación siempre sería típica y —o bien por resultar antijurídica, o bien por estar

¹⁶²² *Ibidem*.

¹⁶²³ Vid. *supra* el apartado 1.2.3 del capítulo V.

¹⁶²⁴ CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, cit., pág. 47; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, cit., pág. 109.

justificada— debería comportar el castigo del sujeto provocado. La propia jurisprudencia española nos brinda un ejemplo especialmente ilustrativo:

*l) Agentes de la Guardia Urbana de Reus, al constatar que un ciclomotor se encontraba estacionado incorrectamente en la acera, requieren a su propietario para que lo desplace a otro lugar. El propietario en cuestión, les manifiesta que se encuentra ebrio y, además, presenta evidentes síntomas de no estar en condiciones de conducirlo. A pesar de ello, los agentes persisten en su requerimiento. Finalmente, el propietario del ciclomotor lo conduce unos pocos metros, hasta que los mismos agentes de la Guardia Urbana lo detienen por diversos delitos contra la seguridad vial¹⁶²⁵. Aunque el delito de conducción bajo los efectos del alcohol (art. 379.2 CP) realizado por el propietario del ciclomotor haya sido favorecido voluntariamente por la policía, su provocación resulta antijurídica y, por ello, no podría ser imputada al Estado. Adviértase que el art 379.2 CP castiga a quien “condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de (...) bebidas alcohólicas” sin requerir que se produzca riesgo alguno para la seguridad vial¹⁶²⁶ y, además, la propia jurisprudencia reconoce que “el art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia”¹⁶²⁷. En estas circunstancias, la tipicidad de la conducción no requiere que el autor perciba riesgo alguno desde su perspectiva *ex ante* y, por tanto, la antijuridicidad de la provocación tampoco queda condicionada a la concurrencia de dicho riesgo. Por mucho que la policía actuara desde el principio con la intención de detener al propietario del ciclomotor tras recorrer unos pocos metros, el favorecimiento voluntario de su conducción bajo los efectos del alcohol constituye una conducta típica, pues el legislador ha presumido *iuris et de iure* que ese mínimo desplazamiento es peligroso para la seguridad vial. En consecuencia, su provocación resultaría antijurídica y no podría ser imputada al Estado¹⁶²⁸. Ahora bien, en este caso concreto, el conductor podría ser absuelto en virtud de otro argumento. En tanto que el requerimiento policial haya sido percibido por el propietario del ciclomotor como obligatorio —y, además, su incumplimiento como una conducta constitutiva de un delito de desobediencia— su conducción típica podrá quedar exculpada por estado de necesidad o miedo insuperable. De esta forma, el conductor podría quedar impune y, en cambio, los*

¹⁶²⁵ SAP Tarragona —sección 2ª— 508/2009, de 23-11.

¹⁶²⁶ Al menos cuando la tasa de alcohol en aire espirado supera los 0,60 miligramos por litro. En este sentido, la STS 794/2017, de 11-12, afirma que “no es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad in casu para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida”.

¹⁶²⁷ SSTS 436/2017, de 15-6; 55/2018, de 31-1.

¹⁶²⁸ Obviamente, si se interpreta de forma restrictiva el 379.2 CP, y se concibe como un delito de peligro abstracto, las cosas serían diferentes. De ser así, la conducta del policía debería estimarse atípica y, por tanto, su provocación sí que resultaría imputable al Estado. En consecuencia, tanto el policía como el conductor deberían ser absueltos.

agentes policiales deberían ser castigados por una inducción a un delito de conducción bajo los efectos del alcohol¹⁶²⁹.

En los *delitos con elementos subjetivos del injusto* referidos a la lesión del bien jurídico —es decir, los “mutilados de dos actos” y “de resultado cortado”¹⁶³⁰— el castigo del sujeto provocado quedará condicionado a la concurrencia de dichos elementos en el funcionario que lleva a cabo la provocación. Cuando puedan apreciarse los *elementos subjetivos* que requiere el injusto en la conducta del agente provocador, su provocación será típica y, por tanto, deberá comportar el castigo del sujeto provocado. En cambio, cuando su favorecimiento voluntario no vaya acompañado de dichos elementos subjetivos (distintos al dolo) la provocación será atípica y, como tal, deberá ser imputada al Estado. Así, por ejemplo:

a) Ante la sospecha de que algunos funcionarios de Policía, destinados en la frontera de la Farga, pudieran percibir cantidades de dinero por permitir el paso de vehículos sin efectuar controles sobre sus ocupantes y contenido, dos inspectores de policía de incógnito se presentan ante ellos y les ofrecen dinero para tal fin. Tras una breve negociación, los policías tentados aceptan un soborno a cambio de dejar pasar el vehículo sin llevar a cabo ningún control. Momentos después otros funcionarios policiales que seguían la operación proceden a su detención. En este caso, los sujetos provocados han realizado un delito de cohecho pasivo (art. 419 CP), pues han aceptado una dádiva “para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo”. En particular, el acto de dejar pasar un vehículo sin efectuar los controles oportunos. Sin embargo, el favorecimiento voluntario de dicha conducta por parte de los policías de incógnito no constituye, ni un delito de cohecho activo (art. 424 CP), ni una inducción al cohecho pasivo¹⁶³¹. Al fin y al cabo, la actuación policial consistente en ofrecer una dádiva a un funcionario no ha sido efectuada “para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo” sino, directamente, para lograr su detención una vez haya sido aceptada. Los policías de incógnito no tenían ninguna intención de permitir que los funcionarios sobornados realizaran el acto contrario a los deberes de su cargo —dejar pasar su vehículo sin llevar a cabo los controles pertinentes— porque pretendían detenerlos tan pronto como aceptaran el trato. En consecuencia, su provocación sería atípica por no

¹⁶²⁹ El principio de accesoriadad limitada de la participación no impediría el castigo de los policías como inductores, pues la conducta del autor seguiría siendo antijurídica a pesar de quedar exculpada por estado de necesidad o miedo insuperable. De todos modos, aunque se afirmara que el requerimiento policial no solo exculpa, sino que justifica (por estado de necesidad) la conducta del conductor, los agentes policiales no podrían escapar del castigo. En este último caso, deberían responder como autores mediatos (por instrumento justificado) de un delito de conducción bajo los efectos del alcohol.

¹⁶³⁰ Vid. *supra* el apartado 1.2.2 del capítulo V.

¹⁶³¹ Sobre esto último vid. ampliamente el apartado 1.2.2 del capítulo V.

concurrir en ella el elemento subjetivo del tipo de cohecho y, en tanto que resultaría imputable al Estado, debería comportar la impunidad de los sujetos provocados.

Por último, los delitos que afectan a *bienes jurídicos propios* del funcionario que los ha provocado podrán comportar la impunidad del sujeto provocado aunque su conducta los haya puesto en peligro o lesionado efectivamente¹⁶³². En tanto que el favorecimiento voluntario de una conducta delictiva que afecta a bienes jurídicos propios siempre será atípico, esta clase de provocaciones resultarán, en todo caso, imputables al Estado. Por tanto, salvo que estén justificadas, deberán comportar la impunidad del sujeto provocado *a pesar de que este haya lesionado efectivamente el bien jurídico protegido*. De todos modos, en la mayoría de estos supuestos la infracción provocada constituirá una tentativa, pues el consentimiento que presupone el favorecimiento voluntario de una conducta impedirá su consumación. Así, por ejemplo, el favorecimiento voluntario de un hurto de cosa propia presupone la voluntad del agente provocador de desprenderse de ella y, por tanto, su efectiva disposición por parte del sujeto provocado —desconociendo dicha voluntad— solamente constituirá una tentativa (inidónea), pues su acto de apoderamiento no habrá sido realizado “*sin la voluntad de su dueño*” (art. 234.1 CP). Lo mismo ocurrirá cuando el funcionario provoque un delito de allanamiento de su propia morada, la coacción de algo que quiere hacer, su propia detención o, en general, cualquier delito cuyo consentimiento determinaría la atipicidad de la conducta del sujeto provocado si hubiera sido conocido por este (“*Einverständnis*”). Los casos más problemáticos serán aquellos en que dicho consentimiento, aunque hubiera sido conocido por el sujeto provocado, no determinaría la atipicidad de la infracción provocada (“*Einwilligung*”). Es decir, los casos en que el funcionario provoca un delito contra su propia vida o integridad física. Sin embargo, resulta difícil imaginar una provocación de estas características que no implique, al menos, la comisión de un delito de injurias o calumnias por parte del funcionario. Obviamente, cuando esto sea así, la antijuridicidad de dicha provocación impedirá que pueda ser imputada al Estado y, por ello, tanto el agente provocador como el sujeto provocado deberán ser castigados por sus respectivas infracciones. De todas formas, aunque el funcionario lograra provocar de forma atípica un delito de homicidio o lesiones (inconsentidas) contra sí mismo, la impunidad del sujeto provocado quedaría circunscrita a sus formas de imperfecta ejecución, pues la eventual consumación de estas infracciones constituiría un *exceso* que, como tal, podría ser castigado. En efecto, cuando un funcionario provoca un ataque sobre sí mismo para detener al sujeto provocado por una tentativa de homicidio o lesiones y estas se acaban consumando *en contra de su*

¹⁶³² Vid. *supra* el apartado 1.2.4 del capítulo V.

voluntad, lo único que se habrá favorecido voluntariamente es una tentativa y, por tanto, la consumación sí que podrá ser legítimamente sancionada¹⁶³³. Solamente los casos en que el funcionario quiera suicidarse o lesionarse a través del sujeto provocado —y, por tanto, su muerte o lesión no constituya un exceso¹⁶³⁴— podrán comportar su impunidad por un delito consumado de cooperación ejecutiva al suicidio o unas lesiones consentidas del art. 155 CP¹⁶³⁵. Teniendo en cuenta lo inverosímil que resulta esta hipótesis, no parece

¹⁶³³ Vid. *supra* el apartado 7.4.

¹⁶³⁴ La muerte del funcionario siempre constituirá un exceso cuando el tipo realizado por el sujeto provocado sea el de homicidio. Si el resultado de muerte ha sido favorecido voluntariamente por el agente provocador —y, por tanto, este no representa un exceso— el tipo aplicable será el de cooperación ejecutiva al suicidio. Al menos, si el concepto jurídico de suicidio se delimita con los mismos parámetros subjetivos que se emplean de forma general en la dogmática jurídico-penal. Es decir, si se admite que la voluntariedad propia del suicida resulta asimilable a cualquier modalidad de dolo (directo o eventual). Creo que esta solución debe ser la correcta pues, tal y como indica TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 53, “no existe motivo para operar en este campo con un concepto de voluntariedad distinto al habitualmente empleado en la dogmática penal: así cabría considerar suicidios tanto los casos en que el sujeto directamente busca la muerte (dolo de primer grado) como aquellos en que esta se presenta como una consecuencia inevitable (...) e, incluso, en los supuestos en los que la actitud del sujeto provocado respecto a su propia muerte puede asimilarse a un dolo eventual”. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, CPC, núm. 30, 1986, pág. 608; SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, ADPCP, núm. 40, 1987, pág. 456; VALLE MUÑOZ, “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”, CPC, núm. 37, 1989, pág. 184. Obviamente, si se opera en este campo con una noción de voluntariedad más restringida las cosas serán distintas. Vid. por ejemplo BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, ADPCP, núm. 32, 1979, pág. 498; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pág. 1936. Del mismo modo, tampoco podrá apreciarse el delito del art. 143.3 CP si se exige como requisito típico que el suicida se encuentre imposibilitado para acabar con su propia vida. Así lo hacen TOLEDANO TOLEDANO, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Atelier, Barcelona, 1999, pág. 91; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, cit., pág. 602. En todo caso, lo mismo que se ha indicado en relación al suicidio podría predicarse respecto a las lesiones consentidas del art. 155 CP.

¹⁶³⁵ Un ejemplo: un funcionario, queriendo suicidarse y, de paso, lograr el castigo del sujeto provocado por un asesinato consumado, le ofrece a través de una persona interpuesta una elevada cantidad de dinero a cambio de que lo mate, haciéndole creer que la víctima es una persona diferente a quien le ha encargado el asesinato. En este caso, el sujeto provocado realizaría objetivamente una cooperación ejecutiva al suicidio creyendo erróneamente que lleva a cabo un asesinato. Dicho error sobre un elemento privilegiante debería comportar la aplicación del art. 143.3 CP aunque el sujeto provocado desconociera que el agente provocador quería suicidarse. En este sentido se pronuncia MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit. pág. 283, respecto al desconocimiento de los elementos que reducen el injusto objetivo. Del mismo modo, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 99, fundamenta esta solución empleando la siguiente analogía in bonam partem: “la no concurrencia del requisito privilegiante agrava la pena, del mismo modo que la agrava la concurrencia del requisito cualificante. Con ello se imagina el tipo privilegiado (mediante la eliminación mental de su elemento característico) como si fuera el tipo básico y el tipo básico como un tipo cualificado negativamente formulado (es decir, caracterizado por la no concurrencia del elemento que, según el tenor literal de la ley, tiene un efecto privilegiante”. También GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2006, pág. 318, afirmando que “quien quiere lo más, también quiere, implícitamente, lo menos grave (plus-minus, pero de carácter valorativo)”. En contra, MAQUEDA ABREU, “El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del código penal”, CPC, núm. 21, 1983, pág. 714; PÉREZ ALONSO, *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 75.

descabellado asumir en este caso —y solo en este caso— la absolución del sujeto provocado por un delito que efectivamente ha lesionado el bien jurídico protegido¹⁶³⁶.

La variante del *entrapment* propuesta por el *Model Penal Code* llegaría a conclusiones parecidas en los casos en que un funcionario provoca un delito contra su propia vida o integridad física. En efecto, el § 2.13.3 de dicho texto establece que “*la defensa reconocida por esta sección no estará disponible cuando la amenaza de causar o el causar daño corporal sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrapamiento*”¹⁶³⁷. De acuerdo con esta previsión, el sujeto provocado no podrá ser absuelto por las infracciones que atenten contra la vida o integridad física *de una persona diferente a la que llevó a cabo la provocación*. A *sensu contrario*, los delitos que afecten a la vida o integridad física del funcionario que realizó la provocación sí que podrán comportar la impunidad del sujeto provocado. Por mucho que estos se hayan consumado, la limitación del *entrapment* transcrita circunscribe sus efectos a los delitos contra la vida o integridad física *que se cometan contra terceros*. De este modo, en lo referente a estos delitos, dicha limitación comporta, en esencia, los mismos resultados que derivan de excluir la impunidad del sujeto provocado por las infracciones provocadas antijurídicamente.

En todo caso, la posibilidad de castigar las infracciones provocadas antijurídicamente se contrapone, de nuevo, con los efectos que lleva aparejada la *regla de exclusión probatoria* en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11 LOPJ). En efecto, una injerencia en derechos fundamentales comporta la nulidad de las pruebas obtenidas *con independencia de que esta, a su vez, constituya un delito*. Así, por ejemplo, el registro ilegal de un domicilio practicado por un policía puede comportar la nulidad de las pruebas inculpativas obtenidas y, además, su castigo por un delito del art. 534.1 CP, sin que ambas cosas sean incompatibles. A continuación se expondrá la razón por la cual admitir esto último no resulta incoherente con sostener que las provocaciones antijurídicas deben conllevar el castigo del sujeto provocado. Esto es, la razón por la cual, a pesar de que las injerencias en derechos fundamentales que constituyen delitos determinan igualmente la nulidad de

¹⁶³⁶ De todos modos, en los supuestos en que el funcionario pretende suicidarse podría llegar a negarse la imputación al Estado de su provocación (no prohibida) en virtud de otro argumento. En particular, que los incentivos (directos e indirectos) que el Estado proporciona a sus agentes para lograr detenciones y condenas —que, en cierta medida, fundamentan la imputación al mismo de aquellas provocaciones que no previene mediante su prohibición— no tienen ningún efecto sobre quien quiere morir. En tanto que la actuación de este último no pueda entenderse promovida en modo alguno por el Estado, la posibilidad de atribuirle su provocación podría quedar en tela de juicio y, con ella, también la impunidad del sujeto provocado por su cooperación en el suicidio.

¹⁶³⁷ El texto transcrito se corresponde con la traducción de CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, cit., pág. 245.

las pruebas obtenidas, la antijuridicidad de una provocación niega la impunidad del sujeto provocado.

8.3. Provocaciones antijurídicas e injerencias delictivas en derechos fundamentales

La *provocación antijurídica* de un delito por parte de un funcionario público no resulta imputable al Estado y, por ello, no comporta la impunidad del sujeto provocado. En cambio, la *injerencia delictiva* en un derecho fundamental realizada por un agente del Estado sí que conlleva la nulidad de las pruebas obtenidas. A primera vista, podría parecer que sostener lo primero es incompatible con admitir lo segundo (y viceversa). Al fin y al cabo, si mediante la prohibición (penal) el Estado puede desvincular su voluntad de la provocación de un funcionario, parecería que también puede hacer lo propio respecto a la vulneración de derecho fundamental. Si esto fuera así, las infracciones de derechos fundamentales penalmente antijurídicas no serían imputables al Estado aunque hubieran sido realizadas por funcionarios públicos y, en consecuencia, no deberían comportar la nulidad de las pruebas obtenidas. De este modo, la nulidad probatoria quedaría circunscrita a las vulneraciones de derechos fundamentales de agentes del Estado que no constituyen, a su vez, infracciones penales¹⁶³⁸. Si esto último se estima inaceptable —como efectivamente lo es— parecería que excluir la impunidad de las infracciones provocadas antijurídicamente por funcionarios también debería serlo. No obstante, como se pondrá de manifiesto a continuación, lo uno no lleva a lo otro. El fundamento de la prueba nula es radicalmente distinto al que sustenta la impunidad del sujeto provocado y, por tanto, mantener que las infracciones provocadas antijurídicamente deben ser castigadas no conlleva, ni mucho menos, negar la nulidad de las pruebas obtenidas mediante injerencias delictivas en derechos fundamentales.

La impunidad del sujeto provocado se fundamenta en la contradicción que expresa el Estado al censurar una conducta que él mismo ha provocado injustificadamente. Dicha contradicción presupone que la provocación pueda serle imputada. El castigo del sujeto provocado *solo resulta incompatible con las provocaciones que puedan ser imputadas al Estado*. Si la provocación y el castigo provienen de sujetos distintos, ni uno ni otro incurrirán en contradicción. Precisamente por ello, la provocación efectuada por un

¹⁶³⁸ Tal y como indica la STS 116/2017, de 23-2, esta clase de situaciones son perfectamente factibles, pues “el concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito”.

particular no comporta la impunidad del sujeto provocado¹⁶³⁹. En cambio, la nulidad probatoria se fundamenta en la necesidad de prevenir (fundamentación consecuencialista) o restituir (fundamentación no consecuencialista) la vulneración de derechos fundamentales¹⁶⁴⁰. Dicha necesidad no presupone que la vulneración de derechos fundamentales pueda ser imputada al Estado. Las injerencias en derechos fundamentales resultan censurables por sí mismas *con independencia de que puedan ser imputadas al Estado* y, por tanto, la necesidad de disuadir las o repararlas no depende de su eventual atribución al mismo sujeto que efectúa el reproche penal. La vulneración de un derecho fundamental no deja de ser censurable por el hecho de que sea realizada por un particular. Prueba de ello es que, de acuerdo con nuestra propia jurisprudencia, las injerencias en derechos fundamentales efectuadas por particulares también pueden comportar la nulidad de las pruebas obtenidas.

La STC 114/1984, de 29-11, configuró inicialmente la regla de exclusión probatoria como una garantía procesal de naturaleza constitucional, íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías, en virtud de la cual “*resulta indiferente que la prueba haya sido obtenida por una autoridad o por un particular*”¹⁶⁴¹. En la resolución mentada se reconocía “*la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución*”¹⁶⁴². El art. 11 LOPJ constituye una plasmación directa de la doctrina sentada en dicha sentencia, pues su redacción no hace distinción alguna entre las vulneraciones de derechos fundamentales efectuadas por agentes públicos y las realizadas por particulares¹⁶⁴³: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. La mayor parte de la jurisprudencia posterior ha interpretado que la ausencia en este precepto de cualquier referencia a la condición personal de quien violenta derechos fundamentales debe comportar la nulidad de las pruebas obtenidas de este modo por particulares¹⁶⁴⁴ e, incluso, se ha afirmado que su

¹⁶³⁹ Vid. *supra* el apartado 8.1.

¹⁶⁴⁰ CHAU, “Excluding Integrity?”, cit., pág. 268.

¹⁶⁴¹ BLANCO CORDERO, “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, *Indret*, núm. 3, 2015, pág. 6. En el mismo sentido, MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani”, *Indret*, núm. 3, 2018, pág. 22, señala que “*la primigenia STC 114/1984 de 29 de noviembre respaldaba la nulidad de toda prueba adquirida por un acto violatorio de derechos fundamentales, público o privado, pues el origen del menoscabo no hacía este menos intolerable*”.

¹⁶⁴² STC 114/1984, de 29-11.

¹⁶⁴³ MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani”, cit., pág. 12.

¹⁶⁴⁴ SSTS 1066/2009, de 4-11; 569/2013, de 26-6; 239/2014, de 1-4. En este sentido, la STS 116/2017, de 23-2, reconoce que “*son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales*”. Vid. al respecto, RICHARD GONZÁLEZ, “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal”, *LL*, núm. 8946, 2017, pág. 3.

tenor literal “*excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo*”¹⁶⁴⁵. No obstante, la reciente STS 116/2017, de 23-2 (caso Falciani), ha reclamado “*un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales*”¹⁶⁴⁶. Con cierta ambigüedad¹⁶⁴⁷, dicha resolución parece concluir que “*la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria*”¹⁶⁴⁸ determina la licitud de las pruebas obtenidas por un particular violentado derechos fundamentales. Es decir, que las únicas vulneraciones de derechos fundamentales realizadas por particulares que deben comportar la nulidad de las pruebas obtenidas son aquellas que tienen “*el objetivo directo o indirecto de hacerlas valer en un proceso*”¹⁶⁴⁹. Así, por ejemplo, el art. 11 LOPJ no debería aplicarse cuando “*el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales —incluida la información bancaria— de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor*”¹⁶⁵⁰. En cambio, cuando un particular —por ejemplo, el padre de la víctima— persigue la obtención de pruebas incriminatorias mediante la vulneración de derechos fundamentales —por ejemplo, torturando al sospechoso para lograr su confesión o allanando su morada para encontrar el arma homicida— el art. 11 LOPJ sí que resultaría aplicable, pues “*también el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero*”¹⁶⁵¹. En todo caso, aunque algunas de las declaraciones iniciales de la STS 116/2017, de 23-2, parezcan sugerir lo contrario¹⁶⁵², finalmente la propia resolución niega “*un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal*” y afirma expresamente que “*la regla*

¹⁶⁴⁵ STS 569/2013, de 26-6.

¹⁶⁴⁶ En este sentido, la mentada resolución sostiene que “*la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría*”.

¹⁶⁴⁷ Críticamente, MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani”, cit., pág. 23.

¹⁶⁴⁸ STS 116/2017, de 23-2.

¹⁶⁴⁹ RICHARD GONZÁLEZ, “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal”, cit., pág. 11.

¹⁶⁵⁰ STS 116/2017, de 23-2.

¹⁶⁵¹ STS 116/2017, de 23-2.

¹⁶⁵² En especial, las siguientes afirmaciones de esta resolución que, de entrada, parecen vincular la finalidad de la regla de exclusión probatoria a la disuasión de los excesos policiales: “*en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito (...) La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito*”.

*prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal*¹⁶⁵³.

Al contrario de lo que ocurre con la impunidad del sujeto provocado, la nulidad probatoria *no se fundamenta en la imputación al Estado de la vulneración de un derecho fundamental*. Precisamente por esta razón, las actuaciones de particulares pueden comportar la nulidad de las pruebas obtenidas y, como consecuencia necesaria de ello, el carácter delictivo de la vulneración de un derecho fundamental realizada por un funcionario no impide apreciar este instituto. Al fin y al cabo, si no resulta necesario atribuir la vulneración de un derecho fundamental al Estado para declarar la nulidad probatoria —pues las vulneraciones de particulares también comportan esta consecuencia— la posibilidad de desvincular su voluntad de la actuación del funcionario a través de su prohibición (penal) es, directamente, *irrelevante*. En otras palabras, *si la nulidad probatoria no requiere vincular la vulneración de un derecho fundamental a la voluntad del Estado, su desvinculación carece de toda trascendencia*. Esta es, precisamente, la razón por la que no resulta incoherente castigar las infracciones provocadas antijurídicamente por funcionarios y, a su vez, aplicar el art. 11 LOPJ ante las injerencias delictivas en derechos fundamentales realizadas por agentes estatales. Mientras que la impunidad del sujeto provocado presupone la imputación al Estado de la provocación, la nulidad probatoria no hace lo propio respecto a la vulneración de un derecho fundamental. La contradicción que fundamenta lo primero requiere que la provocación cuente con el consentimiento del Estado y, en cambio, las finalidades

¹⁶⁵³ RICHARD GONZÁLEZ, “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal”, cit., pág. 10, se muestra muy crítico con esta última afirmación y trata de caricaturizarla preguntándose “¿Por qué razón debe darse a priori valor de prueba a la que aporta un delincuente y no a la que aporta un ciudadano que pretende recopilar datos para ser utilizados en un procedimiento judicial?”. Pues bien, dejando de lado que el ciudadano que vulnera derechos fundamentales para obtener evidencias incriminatorias también puede ser un delincuente —pues su intención de preconstituir prueba no justifica la eventual tipicidad de su conducta— la exclusión que establece el Tribunal Supremo de los particulares que no persiguen recopilar datos para ser utilizados en un procedimiento judicial es perfectamente coherente con una fundamentación consecuencialista de la regla de exclusión probatoria. En efecto, si la finalidad de esta institución es disuadir comportamientos que vulneran derechos fundamentales *privando a sus autores del objetivo procesal que persiguen*, solamente tiene sentido excluir las pruebas obtenidas por sujetos que pretenden conseguir dicho objetivo. Cuando un sujeto vulnera un derecho fundamental sin tal propósito, la nulidad de las pruebas derivadas de su actuación no tiene ninguna clase de eficacia preventiva sobre él. Por ello, la respuesta a la pregunta que plantea RICHARD GONZÁLEZ debería ser la siguiente: *la regla de exclusión probatoria no debe aplicarse a los “delincuentes” porque la nulidad de las evidencias incriminatorias obtenidas no disuade su actuación y en cambio, sí que debe apreciarse sobre los “ciudadanos” que persiguen objetivos procesales porque sus efectos previenen las vulneraciones de derechos fundamentales que estos puedan llevar a cabo*. Además, esta misma conclusión también puede ser sostenida desde fundamentaciones no consecuencialistas de la regla de exclusión probatoria. Vid. en este sentido, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 239; REDMAYNE, “Theorizing the criminal trial”, cit., pág. 307.

preventivas o restitutorias que fundamentan lo segundo no dependen de dicho consentimiento. En consecuencia, resulta plenamente coherente sostener que la prohibición (penal) niegue la impunidad del sujeto provocado y, al mismo tiempo, carezca de relevancia a la hora de delimitar los efectos de la regla de exclusión probatoria. En el primer caso dicha prohibición deshace la contradicción que fundamenta su impunidad desvinculando la voluntad del Estado de la provocación, mientras que en el segundo resulta intrascendente porque la vinculación entre el Estado y la vulneración de un derecho fundamental no fundamenta de ningún modo la nulidad probatoria.

Aunque en el ordenamiento jurídico español no sea así, la regla de exclusión probatoria podría circunscribir sus efectos a las vulneraciones de derechos fundamentales realizadas por funcionarios públicos. De hecho, muchos Estados de nuestro entorno lo hacen¹⁶⁵⁴. No obstante, conviene resaltar que, en todo caso, una limitación de estas características quedaría vinculada a la *condición de funcionario* del sujeto que realiza la vulneración de un derecho fundamental y no —como ocurre con la impunidad del sujeto provocado— a la posibilidad de *imputar dicha vulneración al Estado*. Lo contrario no podría ser explicado por el fundamento —sea cuál sea— de esta institución. Así, por ejemplo, si se opta por una *fundamentación consecuencialista* —en virtud de la cual la razón que justifica la nulidad probatoria es el efecto disuasivo que comporta— podría argumentarse que las vulneraciones de derechos fundamentales efectuadas por funcionarios públicos necesitan ser prevenidas en mayor medida que las realizadas por particulares porque los primeros tienen más incentivos, posibilidades o recursos para llevarlas a cabo. De este modo, la exclusión de los particulares se justificaría en base a su menor peligrosidad para los derechos fundamentales de terceros y, por tanto, a la menor necesidad de disuadir las vulneraciones que estos puedan llevar a cabo. Sin embargo, si esto fuera así, la nulidad probatoria no quedaría circunscrita a las vulneraciones de derechos fundamentales que los funcionarios públicos realizan en representación del Estado —esto es, con su consentimiento— sino a cualquiera que fuera llevada a cabo con ocasión del desempeño de sus funciones, pues es precisamente en este contexto donde su actuación resulta más peligrosa para el patrimonio iusfundamental de los ciudadanos. De esta forma, lo que determinaría la nulidad probatoria sería que el autor de la vulneración de un derecho fundamental es un funcionario que, como tal, tiene mayores incentivos, posibilidades y recursos para llevarla a cabo, y no el hecho de que su actuación pueda ser imputada al Estado. Si lo segundo se ha equiparado a las actuaciones funcionariales que gozan de la protección del delito de atentado por realizarse “*en el ejercicio de las funciones de sus cargos*” (art. 550.1 CP)¹⁶⁵⁵, lo primero debería ser asimilado a la circunstancia agravante

¹⁶⁵⁴ Vid. un análisis comparado en ARMENTA DEU, *La prueba ilícita*, cit., págs. 69 y ss.

¹⁶⁵⁵ Vid. *supra* el apartado 8.2.

de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art. 22.7ª CP). Al igual que no resulta incoherente apreciar esta agravante en la actuación de un funcionario que —debido a su carácter delictivo— no disfruta de la protección del delito de atentado, tampoco lo sería aplicar la regla de exclusión probatoria ante vulneraciones de derechos fundamentales de agentes públicos que, por ser penalmente antijurídicas, no resultan imputables al Estado.

Del mismo modo, si se prefiere una *fundamentación no consecencialista* de la regla de exclusión probatoria —por la cual su finalidad consiste en restituir a quien ha sufrido un perjuicio en sus derechos al status quo anterior¹⁶⁵⁶— podría argumentarse que el Estado únicamente está obligado a remediar las vulneraciones de derechos fundamentales que lleven a cabo sus funcionarios¹⁶⁵⁷. Al igual que el Estado solamente es responsable civil subsidiario de los delitos realizados por funcionarios públicos (art. 121 CP), y no de cualquier infracción penal que cometa un particular, podría sostenerse que su deber de asegurar que nadie sufra un perjuicio procesal por la vulneración de sus derechos fundamentales queda circunscrito a aquellas actuaciones que provengan de agentes estatales¹⁶⁵⁸. No obstante, dicha limitación se fundamentaría, de nuevo, en la condición de

¹⁶⁵⁶ CHAU, “Excluding Integrity?”, cit., pág. 270.

¹⁶⁵⁷ Desde mi punto de vista, resulta más sencillo circunscribir la regla de exclusión probatoria a las actuaciones de funcionarios a partir de esta clase de fundamentos deontológicos que mediante una fundamentación consecencialista de esta institución. Por ello, me llama la atención que MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani”, cit., pág. 21, vincule la exclusión de los particulares del ámbito de la prueba nula a su “*proceso de deconstitucionalización*”. Es decir, que relacione dicha exclusión con una fundamentación consecencialista de la nulidad probatoria basada en su efecto disuasorio (“*deterrent effect*”). Creo que ello supone confundir dos planos. Por un lado, el fundamento de la prueba nula puede ser consecencialista o deontológico y, por el otro, su ámbito puede abarcar solamente las conductas de funcionarios o incluir también las de particulares. MOSQUERA BLANCO parece vincular el fundamento consecencialista con la exclusión de los particulares y, *a sensu contrario*, el deontológico con su inclusión. Sin embargo, en mi opinión, ni lo uno ni lo otro es correcto. En primer lugar, al contrario de lo que ocurre con algunas excepciones a la nulidad probatoria —en especial, la de la buena fe— *limitar el ámbito subjetivo de esta institución a los funcionarios no es una consecuencia necesaria de optar por una fundamentación consecencialista del art. 11 LOPJ*. Dicha fundamentación solamente presupone que la nulidad probatoria se justifica por los beneficios preventivos que comporta su aplicación. Sin embargo, no prejuzga si los mentados beneficios preventivos se circunscriben (o no) a la nulidad de las pruebas obtenidas por funcionarios. Ello debería ser argumentado —como se ha hecho *supra* en el texto— en base a algún razonamiento que tenga en cuenta los costes y beneficios preventivos de dicha limitación. Quizás, el hecho de que el Tribunal Supremo americano tradicionalmente haya sostenido que “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*” (*Janis v. U.S.*, 428 U.S. 433, 1976) pueda haber favorecido que se relacione una cosa —la finalidad de disuadir— con la otra —la limitación a las conductas policiales— pero, en todo caso, lo segundo no deriva necesariamente de lo primero. En segundo lugar, *incluir a los particulares en el ámbito subjetivo de la nulidad probatoria tampoco es una consecuencia necesaria de optar por una fundamentación deontológica del art. 11 LOPJ*. Esta fundamentación solamente presupone que la nulidad probatoria se justifica por algún principio reparatorio o compensatorio que no depende de los (eventuales) efectos preventivos derivados de su aplicación (precisamente por ello la excepción de la buena fe no tiene sentido en este contexto). No obstante, tampoco prejuzga si dicho principio debe incluir (o no) las vulneraciones de derechos fundamentales realizadas por particulares. Es más, CHAU, “Excluding Integrity?”, cit., pág. 272, argumenta que la comprensión más extendida del principio (deontológico) que fundamenta la nulidad probatoria debería comportar la exclusión de los particulares. En sentido similar, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 230.

¹⁶⁵⁸ CHAU, “Excluding Integrity?”, cit., pág. 273.

funcionario público del sujeto que lleva a cabo la vulneración, y no en el hecho de que esta pueda ser imputada al Estado por disfrutar de su consentimiento¹⁶⁵⁹. Por ello, su expresa prohibición penal resultaría irrelevante a los efectos de delimitar el ámbito de la nulidad probatoria. De la misma forma que el Estado debe responder civilmente por las conductas penalmente prohibidas de sus funcionarios, también debería restituir los perjuicios derivados de sus injerencias delictivas en derechos fundamentales. Así, de acuerdo con este fundamento, resultaría perfectamente coherente aplicar la regla de exclusión probatoria ante vulneraciones de derechos fundamentales de agentes públicos que, por ser penalmente antijurídicas, no resultan imputables al Estado.

8.4. El engaño

El elemento de la imputación al Estado ni presupone ni excluye el conocimiento del sujeto provocado acerca la condición estatal del agente provocador y, en consecuencia, tampoco hace lo propio con la concurrencia de un engaño. La imputación de la provocación al Estado no depende del conocimiento del sujeto provocado sobre la identidad del funcionario que la ha realizado y, por tanto, su engaño acerca de este extremo resultará, por sí mismo, irrelevante.

Al contrario de lo que ocurre con el *entrapment by estoppel*¹⁶⁶⁰, la impunidad del sujeto provocado no se fundamenta en la protección de la confianza que este pueda tener en que el Estado se comporte coherentemente y, tras haberlo provocado, no lo castigue. Por ello, su absolución no requiere que la provocación del funcionario haya generado expectativas legítimas de que la infracción realizada no será sancionada. De este modo, aunque el funcionario en cuestión haya engañado al sujeto provocado acerca de su verdadera identidad —y, por tanto, no haya generado confianza alguna en que el Estado se comporte posteriormente de forma coherente con su actuación— la infracción provocada no podrá ser legítimamente castigada. Al fin y al cabo, el motivo que niega dicha legitimidad no tiene que ver con las expectativas que tuviera el sujeto provocado en el momento de realizar el delito, sino con la contradicción en la que incurre el Estado al sancionarlo. Así, en todo caso, el engaño del agente provocador estatal no excluirá la impunidad del sujeto provocado.

De todas formas, la impunidad del sujeto provocado tampoco presupone que este haya sido engañado. En este sentido, el engaño del funcionario no constituye una condición

¹⁶⁵⁹ En este sentido, I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, cit., pág. 191, afirma que la responsabilidad civil del Estado por los delitos de sus funcionarios no implica que dichas infracciones puedan serle imputadas del modo que deben serlo las provocaciones que fundamentan la impunidad del sujeto provocado.

¹⁶⁶⁰ Vid. *supra* el apartado 1.

para imputar al Estado su provocación. Ahora bien, en tanto que dicha imputación requiere que la provocación no se encuentre penalmente prohibida —es decir, que no sea antijurídica— resulta difícil imaginar un supuesto en que no concurra ningún engaño. Al fin y al cabo, si el agente provocador y el sujeto provocado tienen la misma información sobre el riesgo que genera la conducta típica de este último, la provocación necesariamente deberá ser considerada peligrosa desde la perspectiva *ex ante* del funcionario que la realiza. Por ello, las únicas provocaciones atípicas que un funcionario público podría realizar sin valerse de un engaño irían referidas a delitos que atenten contra bienes jurídicos que sean de su titularidad. Solamente en estos supuestos la peligrosidad (*ex ante*) de la provocación no determinaría automáticamente su tipicidad. Así, por ejemplo, la provocación de un policía uniformado dirigida a que un sujeto lo agrede —sin emplear insultos que constituyan injurias o calumnias— podría resultar imputable al Estado aunque no hubiera mediado engaño alguno. En el resto de casos, el engaño será necesario para evitar que la provocación resulte antijurídica y, de este modo, pueda ser imputada al Estado.

9. El elemento de la falta de justificación

El elemento de la *falta de justificación* introduce una limitación adicional a la impunidad del sujeto provocado. En particular, excluye su absolución cuando la provocación imputable al Estado que lo ha llevado a delinquir se encuentre justificada. En tanto que dicha justificación torne compatible el favorecimiento voluntario de una conducta con su reproche, el Estado podrá castigar legítimamente las infracciones que él mismo ha provocado. Al fin y al cabo, la voluntad que presupone el reproche en quien lo formula (el Estado) de que la conducta censurada (el delito) no se hubiera llevado a cabo resulta conciliable con su provocación cuando esta persigue un objetivo legítimo de mayor importancia. Dicha voluntad supone otorgar un determinado grado de relevancia a la conducta reprochada (“me importa que hayas actuado de este modo”) que, en general, es incompatible con provocarla (“si te importara no habrías favorecido voluntariamente que haya actuado de este modo”). Sin embargo, la censura de una conducta puede ser compatible con su provocación cuando esta persiga un objetivo legítimo que tenga un grado de relevancia mayor al que presupone la voluntad de que la conducta reprochada no se hubiera llevado a cabo (“me importa que hayas actuado de este modo aunque lo haya favorecido voluntariamente porque el objetivo que perseguía tiene una importancia todavía mayor”). En estos casos, la justificación de la provocación permitirá que el Estado exprese mediante el reproche la voluntad de que la conducta favorecida voluntariamente no se hubiera llevado a cabo sin incurrir en contradicción (“que me importe más otra cosa no cuestiona que me importe lo suficiente que hayas actuado de este modo”).

La necesidad de incorporar un elemento de estas características en la delimitación de la impunidad del sujeto provocado no resulta, para nada, evidente¹⁶⁶¹. No obstante, dicha necesidad puede ponerse de manifiesto a través de algunos supuestos de provocaciones imputables al Estado que constituyen, a su vez, *provocaciones a la agresión justificadas* (art. 20.4º tercero CP). De todos modos, la principal relevancia de este elemento será negar la impunidad de determinadas infracciones cuya provocación se encuentra expresamente autorizada por nuestro ordenamiento jurídico con el fin de lograr el esclarecimiento de otros delitos de mayor gravedad. En particular, las que deriven de provocaciones (típicas) realizadas por un *agente encubierto* y las que hayan sido provocadas (atípicamente) a través de una *entrega vigilada*.

¹⁶⁶¹ Prueba de ello es que, a pesar de las similitudes de su planteamiento con el aquí propuesto, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., págs. 245 y ss., no hacen ninguna alusión a un elemento de esta naturaleza.

9.1. Provocaciones a la agresión, provocaciones imputables al Estado y justificación

La necesidad de limitar la impunidad del sujeto provocado mediante el elemento de la falta de justificación puede ponerse de manifiesto a través de algunos supuestos de *provocaciones imputables al Estado* que constituyen, a su vez, *provocaciones a la agresión justificadas*. Esto es, mediante casos de provocaciones a la agresión (art. 20.4º tercero CP) realizadas por funcionarios que, con independencia de si constituyen conductas *típicas* o *atípicas*, se encuentran justificadas y, por tanto, permiten ejercer posteriormente la legítima defensa sin ninguna clase de restricción¹⁶⁶². Sin el elemento de falta de justificación, estos supuestos deberían comportar la impunidad del sujeto provocado, lo cual, como se verá a continuación, resulta completamente inasumible. Dos ejemplos pueden ayudar a ilustrarlo:

1) *Un policía recibe una orden judicial para detener inmediatamente a un conocido mafioso durante su noche de bodas. El policía sabe perfectamente que, en estas circunstancias, su repentina aparición comportará que este trate de atacarlo. Tal y como era previsible, nada más aproximarse a su domicilio, el mafioso realiza una ráfaga de disparos contra el policía que, por fortuna, no dan en el blanco. En respuesta a ello, el policía emplea su arma reglamentaria para disparar sobre la pierna del mafioso y, de esta manera, inmovilizarlo;* 2) *Un grupo terrorista anuncia que ha instalado un potente explosivo en un centro comercial que estallará en menos de una hora (matando así a un elevado número de personas) si no se satisfacen una serie de demandas que resultan, por completo, inasumibles. A través de labores de inteligencia previas, la policía sabe que dicho grupo terrorista tiene en su poder un ordenador que contiene en su interior la localización de la bomba y las claves para desactivarla. No obstante, el grupo en cuestión se encuentra atrincherado en un local abandonado con un rehén que, tal y como han advertido, ejecutarán si se aproxima cualquier persona. Ante la ausencia de alternativas factibles, un grupo de policías se introduce en dicho local para arrebatarles el ordenador, siendo conscientes de la elevada probabilidad de que, a causa de ello, el rehén muera. Al advertir la presencia policial, uno de los terroristas trata de matar al rehén pero, gracias a los reflejos de uno de los policías, este recibe un tiro en el brazo que le impide apretar el gatillo un instante antes de la ejecución. Finalmente, la policía salva al rehén, encuentra el ordenador y consigue desactivar la bomba.*

¹⁶⁶² Con independencia del debate acerca de si la provocación a la agresión que niega el derecho a la legítima defensa debe ser antijurídica o no —vid. *supra* el apartado 2.1— en la doctrina parece mediar consenso en que la justificación de dicha provocación permite, en todo caso, defenderse legítimamente de la agresión. Vid. al respecto IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., pág. 479; C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 643.

En los dos ejemplos propuestos la policía favorece voluntariamente una agresión (en el primer caso sobre sí misma y en el segundo sobre un tercero). A pesar de ello, su respuesta defensiva se encuentra, en ambos supuestos, justificada. Por mucho que su actuación previa pueda ser entendida como una “*provocación suficiente*” (art. 20.4º tercero CP), la justificación de dicha actuación —en virtud de la orden judicial o el deber de salvar la vida de un elevado número de personas— negaría cualquier restricción de su derecho a la legítima defensa (propia o de terceros)¹⁶⁶³. Por ello, las lesiones realizadas mediante sus respectivos disparos no serían, en ningún caso, antijurídicas¹⁶⁶⁴.

Pues bien, si la justificación de una provocación imputable al Estado no permitiera castigar legítimamente al sujeto provocado —del mismo modo que la justificación de una provocación a la agresión permite ejercer la legítima defensa sin restricciones— la tentativa de homicidio realizada por el mafioso o el terrorista debería permanecer impune. Al fin y al cabo, dicha tentativa ha sido favorecida voluntariamente por la policía. En el primer caso el favorecimiento en cuestión es *atípico* porque lo ha llevado a cabo el titular del bien jurídico protegido, mientras que en el segundo resulta *típico* por poner en riesgo la vida de un tercero con dolo (eventual) de consumación. De todos modos, en los dos supuestos el favorecimiento (típico o atípico) estaría justificado por las mismas razones —la orden judicial o el deber de salvar la vida de un elevado número de personas— que niegan la restricción del derecho a la legítima defensa que, posteriormente, se ejerce mediante el disparo. Por ello, ninguna de las dos provocaciones sería antijurídica y, en tanto que han sido realizadas por funcionarios públicos, ambas resultarían imputables al Estado. Sin el elemento de la falta justificación, ello debería conllevar la impunidad del sujeto provocado en esta clase de supuestos. Si esto último se estima inasumible —como efectivamente lo es— necesariamente deberá admitirse que, *con independencia de su tipicidad o atipicidad, las provocaciones imputables al Estado que se encuentren justificadas deberán comportar el castigo del sujeto provocado*. Del mismo modo que las

¹⁶⁶³ Tal y como indica C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, t. I, cit., pág. 643, “*no se producirá ninguna restricción de la legítima defensa si la conducta que origina la agresión está requerida jurídicamente*”.

¹⁶⁶⁴ De todos modos conviene resaltar que, en los dos ejemplos propuestos, el disparo policial también podría quedar justificado por el cumplimiento de un deber (arts. 20.7ª CP y 5.2 LOFCS). No obstante, si se admite que la policía puede actuar en legítima defensa cuando ejerce sus funciones —como lo hacen las SSTS 2347/1993, de 20-10; 744/1995, de 2-6— la posibilidad de justificar el disparo mediante el cumplimiento de un deber no desvirtuará el análisis realizado en el texto, pues los arts. 20.4 y 20.7 CP podrán apreciarse conjuntamente (SSTS de 4-12-1991; 2780/1993, de 3-12). En contra, por estimar que la causa de justificación del art. 20.7 CP tiene un efecto oclusivo sobre la legítima defensa, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, cit., pág. 104; QUERALT JIMÉNEZ, “Coacción directa y justificación”, *RJC*, núm. 3, 1983, pág. 657; CEREZO MIR, “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, *ADPCP*, núm. 2, 1987, pág. 283.

provocaciones a la agresión justificadas permiten afirmar el ordenamiento jurídico mediante la legítima defensa, las provocaciones imputables al Estado justificadas deberán permitir la formulación de un reproche legítimo a través de la pena. Al fin y al cabo, si dicha justificación permite sostener que quién provoca una agresión afirma el derecho cuando se defiende de ella, también deberá permitir que el Estado haga lo propio mediante su castigo.

La voluntad que presupone el reproche en el Estado de que la conducta delictiva no se hubiera llevado a cabo resulta compatible con su provocación justificada. En tanto que dicha voluntad no es incondicional, sino que simplemente supone otorgar a la conducta delictiva un determinado grado de relevancia, las provocaciones que persigan objetivos legítimos de mayor importancia no la pondrán en entredicho. De esta manera, la contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado (“si te importara lo suficiente que haya actuado de este modo no habrías favorecido voluntariamente mi conducta”) no concurrirá en el reproche de la conducta delictiva provocada justificadamente (“favorecer voluntariamente tu conducta no cuestiona que me importe lo suficiente cuando las razones que me han llevado a hacerlo tienen mayor importancia”). Así, en el caso del terrorista o del mafioso, expresar censura o desaprobación ante la tentativa de homicidio realizada no resultará contradictorio ni ilegítimo porque los motivos que justifican su provocación —la orden judicial o el deber de salvar la vida de un elevado número de personas— permiten sostener que el Estado ha actuado de forma coherente con la importancia que otorga a la conducta reprochada. En tanto que dichos motivos hubieran justificado una conducta típica —de hecho, en el supuesto del terrorista lo hacen— también deberán justificar que el Estado provoque una infracción y, sin incurrir en contradicción, exprese a través del reproche que su realización tiene importancia para él.

De todos modos, la principal relevancia del elemento de la falta de justificación será negar la impunidad de determinadas infracciones cuya provocación resulta necesaria para el esclarecimiento de otros delitos de mayor gravedad. No obstante, al contrario de lo que ocurre con la *unzulässige Tatprovokation* o el *entrapment* canadiense, la mera concurrencia de *sospechas previas* sobre un delito no bastará para justificar una provocación imputable al Estado¹⁶⁶⁵. Por muy útil que pueda resultar provocar una infracción para confirmar o desmentir las sospechas acerca de otro delito, las necesidades de una administración de justicia penal eficaz (“*Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege*“) solo permiten justificar las actuaciones estatales previstas por la Ley¹⁶⁶⁶. Por ello, las únicas provocaciones (imputables al Estado) que podrán quedar

¹⁶⁶⁵ Vid. *supra* el apartado 7.1.4 del capítulo III.

¹⁶⁶⁶ BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, cit., pág. 120; QUERALT JIMÉNEZ, “Necesidad, legalidad y oportunidad”, cit., pág. 139; I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen*

justificadas —y, de este modo, comportar el castigo de la propia infracción provocada¹⁶⁶⁷— serán aquellas que se encuentren *previstas legalmente*. Teniendo en cuenta que el art. 282 LECrim no autoriza ninguna clase de provocación dirigida al descubrimiento de otros delitos —pues de lo contrario debería justificar jurídicopenalmente las provocaciones típicas encaminadas a esos fines¹⁶⁶⁸— solamente las previsiones de los arts. 282 bis y 263 bis LECrim podrán justificar estas provocaciones. De este modo, la concurrencia de sospechas previas acerca de un delito únicamente justificará una provocación cuando estas se plasmen en la autorización de un *agente encubierto* o una *entrega vigilada*.

9.2. Provocaciones justificadas y agente encubierto

A primera vista, podría parecer incoherente sostener que las provocaciones (imputables al Estado) realizadas por un agente encubierto puedan quedar justificadas y, por tanto, comportar el castigo del sujeto provocado. Al fin y al cabo, el art. 282 bis.5 LECrim excluye expresamente la justificación de las actuaciones de un agente encubierto que “*constituyan una provocación al delito*”. No obstante, la referencia de este precepto a la “*provocación al delito*” no se corresponde con el contenido del elemento de la provocación que se ha delimitado en este trabajo¹⁶⁶⁹. Tal y como se ha expuesto anteriormente, dicha referencia debe ser entendida como una concreción de los requisitos de necesidad y proporcionalidad que limitan el alcance de la causa de justificación prevista en el art. 282 bis.5 LECrim¹⁶⁷⁰. En particular, debe ser entendida como una conducta típica innecesaria y/o desproporcionada respecto a las finalidades de la investigación que lleva a cabo el agente encubierto. Esto es, como un hecho típico que no va dirigido a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones, sino a lograr su castigo *por ese mismo hecho*. De este modo, no todas las actuaciones de un agente encubierto que cumplan con el elemento de la provocación —es decir, que supongan el favorecimiento voluntario de un delito— constituirán una “*provocación al delito*” en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim. Así, por

schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, cit., pág. 128; WOLFSLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, cit., pág. 206; GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., pág. 40.

¹⁶⁶⁷ De todos modos, las provocaciones imputables al Estado que no se encuentren justificadas siempre podrán comportar el castigo del sujeto provocado por las infracciones que se hayan descubierto a través de ella. Vid. *supra* el apartado 7.2. Lo que permitirá la justificación de la provocación será castigar, no solo las eventuales infracciones descubiertas, sino también la propia infracción provocada.

¹⁶⁶⁸ Vid. *supra* el apartado 2.2 del capítulo V.

¹⁶⁶⁹ Vid. ampliamente sobre ello el apartado 8.1.2.4 del capítulo IV.

¹⁶⁷⁰ Recuérdese que dicha causa de justificación abarca todas aquellas actuaciones del agente encubierto “*que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*” (art. 282 bis.5 LECrim).

ejemplo, el favorecimiento voluntario de una conducta delictiva que resulte necesario y proporcionado a las finalidades de la investigación del agente encubierto —por ser imprescindible para ganarse la confianza de los investigados— no conformará una “*provocación al delito*” (art. 282 bis.5 LECrim), pero sí cumplirá con el elemento de la provocación. En cambio, ambos conceptos se solaparán cuando el favorecimiento voluntario de una conducta delictiva sea típico y, a su vez, innecesario o desproporcionado respecto a las finalidades de su investigación (descubrir otros delitos más graves vinculados a la delincuencia organizada). Adviértase que, cuando esto ocurra, la provocación no quedará justificada y, en tanto que será típica, no podrá ser imputada al Estado por resultar antijurídica. De esta forma, cuando el elemento de la provocación coincida con la “*provocación al delito*” del art. 282 bis.5 LECrim, tanto el agente encubierto como el sujeto provocado deberán ser castigados. Un ejemplo puede ayudar a visualizar esta clase de situaciones:

*Un policía que ha recibido el pláacet del art. 282 bis LECrim se infiltra en una organización criminal. Ante la frustración de no poder descubrir ningún delito lo suficientemente grave, decide inducir a algunos de sus miembros a acabar con la vida del cabecilla de una organización rival. Finalmente, dichos miembros consuman el homicidio y, escasos minutos después, son detenidos por ello. En este caso, el policía que actúa como agente encubierto ha favorecido voluntariamente un homicidio consumado de forma claramente innecesaria y desproporcionada respecto a las finalidades de su investigación. Por ello, su actuación cumple con el elemento de la provocación y, a su vez, constituye una “*provocación al delito*” en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim. En tanto que esto último excluiría su justificación, la provocación resultaría típicamente antijurídica y, en consecuencia, no podría ser imputada al Estado. De este modo, el agente encubierto debería ser castigado como inductor de un homicidio y los sujetos provocados como autores del mismo.*

Las provocaciones (imputables al Estado) de un agente encubierto que podrán quedar justificadas serán aquellas que, por resultar necesarias y proporcionadas a las finalidades de su investigación, no constituyen una “*provocación al delito*” en el sentido del art. 282 bis.5 LECrim¹⁶⁷¹. Es decir, aquellas que vayan dirigidas a ganarse la confianza de los

¹⁶⁷¹ Resulta interesante poner de manifiesto que, de este modo, la delimitación de la impunidad del sujeto provocado se hace depender del alcance de la justificación del art. 282 bis.5 LECrim, y no al revés. Recuérdese que la mayor parte de la doctrina interpreta la “*provocación al delito*” a la que alude dicho precepto como una referencia al delito provocado y, por tanto, a la impunidad del sujeto provocado. De esta manera, delimitan el alcance de la justificación del art. 282 bis.5 LECrim a partir de la impunidad del sujeto provocado. Vid. *supra* una crítica a esta interpretación en el apartado 8.1.2.4 del capítulo IV. En cambio, aquí el proceso es el inverso. La referencia a la “*provocación al delito*” del art. 282 bis.5 LECrim se entiende, simplemente, como una concreción de los requisitos de necesidad y proporcionalidad que

investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones más graves. Al igual que realizar una conducta típica como autor en el marco de una prueba de castidad¹⁶⁷² puede quedar justificado en virtud del art. 282 bis.5 LECrim, hacer lo propio como coautor, cooperador necesario, cómplice o, incluso, inductor, también podrá quedar amparado por dicho precepto aunque suponga favorecer voluntariamente que otro lleve a cabo una conducta delictiva. En tanto que dicho favorecimiento (típico) resulte necesario para probar su lealtad a la organización criminal en la que trata de infiltrarse y proporcionado a la gravedad de los delitos que pretende esclarecer, el agente encubierto actuará justificadamente¹⁶⁷³. En consecuencia, aunque su provocación resulte imputable al Estado —por no ser antijurídica— la justificación del art. 282 bis.5 LECrim permitirá que los sujetos provocados sean castigados por las infracciones favorecidas. Así, por ejemplo:

1) Como condición para integrarse en una organización mafiosa, exigen al agente encubierto que colabore en el hurto de un coche que, posteriormente, tienen planeado emplear para un secuestro. El cometido del agente encubierto se reduce a romper la ventanilla del vehículo y “hacerle el puente” para que otro miembro más experimentado de la organización se apodere de él y lo lleve hasta un garaje. El agente encubierto lleva a cabo su papel y solamente interviene unos días después para evitar el secuestro; 2) Una vez integrado en la estructura de una organización criminal, el jefe de la banda transmite al agente encubierto una orden delictiva que debe comunicar a un subordinado para que la ejecute. Debido a que el delito que debe ejecutar este último es un robo de escasa gravedad y no transmitir la orden comportaría delatarse, el agente encubierto decide obedecer. Meses después, una vez recopiladas suficientes pruebas incriminatorias sobre los cabecillas de la organización, el agente encubierto procede a su detención por varios homicidios. Aunque en ambos supuestos el agente encubierto ha favorecido voluntariamente la comisión de un delito consumado, su provocación era necesaria para consolidar su infiltración —pues lo contrario hubiera supuesto delatarse— y proporcionada

limitan esta causa de justificación. El alcance de esta causa de justificación no se delimita mediante la impunidad del sujeto provocado, sino que la impunidad del sujeto provocado se delimita a través de su alcance porque se hace depender de la eventual justificación de la provocación (imputable al Estado).

¹⁶⁷² Ta y como indica, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, cit., pág. 102, dichas pruebas constituyen exigencias “a las que son sometidos los nuevos integrantes de las organizaciones criminales para poderse ganar la confianza del resto de los miembros”.

¹⁶⁷³ El agente encubierto también podrá actuar justificadamente cuando lleve a cabo una provocación atípica que sea necesaria y proporcionada a las finalidades de su investigación. En estén sentida, el alcance de la causa de justificación del art. 282 bis.5 LECrim abarca todas “aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”, con independencia de su tipicidad o atipicidad. No obstante, los supuestos de provocaciones atípicas encaminadas a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, descubrir infracciones más graves, resultan difícilmente imaginables.

a los fines perseguidos —pues las infracciones favorecidas tenían una gravedad muy inferior a los delitos que trataban de esclarecerse— y, por tanto, quedaría amparada por la justificación del art. 282 bis.5 LECrim. De este modo, el agente encubierto no debería responder por las conductas típicas realizadas —hurto en coautoría e inducción al robo— y, en cambio, los sujetos provocados —el coautor del hurto y el inducido al robo— sí que lo harían por sus respectivas infracciones. Al fin y al cabo, aunque la provocación (típica) de dichas infracciones resulte imputable al Estado —por no ser antijurídica— su justificación permitiría que sean reprochadas legítimamente.

Del mismo modo, las provocaciones de un agente encubierto que se encuentren *procesalmente autorizadas* también comportarán el castigo del sujeto provocado¹⁶⁷⁴. Ello resultará especialmente relevante en la actuación del *agente encubierto informático*¹⁶⁷⁵. En particular, cuando este sea autorizado para “*intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos*” (art. 282 bis.6 LECrim) y, a través de dicho intercambio, provoque la comisión de un delito¹⁶⁷⁶. Así, por ejemplo, los casos en que el agente encubierto envíe material de contenido pedófilo cuya recepción (dolosa) constituya un delito de tenencia de pornografía infantil. Aunque mediante dicho envío no se logre el propósito perseguido —por ejemplo, acceder a un foro de acceso restringido en que se compartan archivos ilícitos— la infracción provocada (típicamente) por el agente encubierto se encontrará justificada y, por tanto, deberá comportar el castigo del sujeto provocado. Un ejemplo paradigmático:

Un Juez de instrucción autoriza el envío pornografía infantil a un sujeto sobre el que recaen sospechas fundadas de pertenecer a un foro en el que se distribuye esta clase de material ilícito. No obstante, el sujeto que recibe dichos archivos, o bien no permite el acceso del agente encubierto informático al foro en cuestión, o bien accede a ello y se descubre que en dicho foro no se llevan a cabo las actividades ilícitas sospechadas. Aunque las sospechas previas que han motivado la autorización judicial no se hayan confirmado, la provocación del delito de tenencia de pornografía infantil deberá estimarse justificada. Por tanto, si la recepción de dicha pornografía ha sido dolosa, el sujeto provocado deberá ser castigado por ella. A pesar de que la infracción en cuestión derive de

¹⁶⁷⁴ Recuérdese que las normas de autorización procesal pueden operar como causas de justificación jurídico-penal, aunque lo contrario no es posible. Vid. *supra* el apartado 8.1.2.4 del capítulo IV. En todo caso, de acuerdo con la postura sostenida en este trabajo, lo segundo basta para justificar una provocación imputable al Estado y, por ello, lo primero (con mayor motivo) también lo hará.

¹⁶⁷⁵ De todos modos, el art. 282 bis.1 LECrim también autoriza al agente encubierto (físico) a “*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*”. Cuando esta clase de actuaciones supongan una provocación —por favorecer voluntariamente la realización de una conducta delictiva— los sujetos provocados también deberán ser, en todo caso, castigados. Con independencia de su tipicidad o atipicidad, las provocaciones autorizadas por el art. 282 bis.1 LECrim siempre estarán justificadas y, por ello, las infracciones resultantes podrán ser legítimamente sancionadas.

¹⁶⁷⁶ Vid. *supra* el apartado 8.1.3. del capítulo IV.

una provocación imputable al Estado, su expresa autorización justifica su realización y, por tanto, legitima el posterior reproche de la conducta delictiva favorecida.

9.3. Provocaciones justificadas y entrega vigilada

Sin duda alguna, la consecuencia práctica más relevante del elemento de la falta de justificación será negar la impunidad del sujeto provocado en las entregas vigiladas. En particular, negará su impunidad respecto a las tentativas (inidóneas) de tráfico de drogas que hayan sido favorecidas voluntariamente por la omisión que autoriza el art. 263 bis LECrim. Aunque dichas tentativas hayan sido provocadas omisivamente, la autorización de la entrega vigilada justificará su realización y, de este modo, legitimará su posterior reproche.

Obviamente, el castigo de las *infracciones descubiertas* mediante una entrega vigilada no requiere ser fundamentado en base a la justificación del art. 263 bis LECrim. Al fin y al cabo, dichas infracciones no quedan abarcadas por el elemento de la provocación¹⁶⁷⁷. Por ello, los destinatarios de un envío de droga o las personas que hayan solicitado su importación podrán ser directamente castigadas por el delito que han consumado con anterioridad a la entrega vigilada y que, por tanto, no ha sido provocado. En este sentido, recuérdese que la jurisprudencia española considera de modo unánime que “*si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida*”¹⁶⁷⁸. En tanto que el concierto previo para recibir un envío de sustancias estupefacientes ya constituye por sí mismo un delito consumado, el posterior esclarecimiento de su autoría a través de una entrega vigilada no supone favorecer voluntariamente su comisión.

Ahora bien, aunque mediante las entregas vigiladas se persiga identificar a las personas que ya estaban implicadas en un determinado delito —aquellas que concertaron el envío del objeto ilícito— su puesta en práctica puede desencadenar la detención y condena de otros sujetos que, en el momento de acordarse la medida, todavía no habían cometido infracción alguna. En estos supuestos, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de apreciar una tentativa (inidónea) de tráfico de drogas si “*la primera intervención del acusado sobreviene cuando ya la droga está policialmente controlada*”¹⁶⁷⁹. Es decir, si la implicación de la persona que acude a recibir la droga se ha producido con posterioridad

¹⁶⁷⁷ Vid. *supra* el apartado 8.2 del capítulo IV.

¹⁶⁷⁸ SSTS 989/2004, de 9-9; 766/2008, de 27-11.

¹⁶⁷⁹ STS 935/2016, de 15-12.

a que la entrega vigilada hubiese sido acordada. Al contrario de lo que ocurre con los delitos consumados que tratan de descubrirse, la comisión de dichas tentativas sí que puede verse favorecida por la omisión policial. Al fin y al cabo, su realización es necesariamente posterior a la entrega vigilada —pues de lo contrario no constituirían tentativas— y sin la omisión policial no habrían podido llevarse a cabo. En tanto que fuera previsible que un sujeto ajeno al concierto previo acudiera a recoger la droga —por ejemplo, porque la organización criminal investigada acostumbrara a contratar a individuos extraños a la misma con aquellos fines¹⁶⁸⁰— su tentativa (inidónea) debería estimarse provocada. A fin de cuentas, la contribución omisiva de la policía sería asimilable a una cooperación necesaria y, a estos efectos, tendría la misma estructura que otros casos en los que se ha admitido la concurrencia del elemento de la provocación. Así, por ejemplo:

Un ciudadano llama a la policía para avisar que ha encontrado un monedero perdido en los arbustos de un parque muy concurrido. El policía que acude a la llamada, en vez de llevar el monedero a comisaría, decide someterlo a vigilancia en el mismo lugar que lo ha dejado el ciudadano que dio el aviso —mucho más a la vista que cuando estaba en los arbustos— para ver si alguna persona que pasea por el parque trata de apropiárselo. Unos minutos después, un sujeto detecta el monedero y, tras tirar a la basura el documento identificativo que contenía en su interior, se lo guarda en el bolsillo. Inmediatamente, el policía que se encontraba vigilando procede a su detención. Si en este caso se estima que la tentativa de apropiación de cosa perdida ha sido provocada omisivamente por la policía¹⁶⁸¹, necesariamente deberá llegarse a la misma conclusión respecto a las tentativas de tráfico de drogas sobrevenidas con posterioridad a la autorización de una entrega vigilada.

No obstante, aunque una entrega vigilada pueda provocar una tentativa de tráfico de drogas, dicha provocación estará justificada y, por tanto, deberá comportar el castigo del sujeto provocado. Al contrario de lo que ocurre con otras provocaciones omisivas, la que deriva de una entrega vigilada se encuentra expresamente autorizada por el art. 263 bis LECrim. Dicha autorización justifica la provocación en pos de “*descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito*” y, en consecuencia, legitima el reproche de las tentativas favorecidas para lograr el esclarecimiento de los delitos

¹⁶⁸⁰ En este sentido, DEL POZO PÉREZ, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, cit., pág. 206, afirma que “*con frecuencia, esta técnica es utilizada por organizaciones delincuenciales, siendo recogido el envío por una persona que tiene una posición inferior de la estructura criminal, o bien, incluso independiente de ella, a la que se contrata a los solos efectos de retirarlo*”.

¹⁶⁸¹ Vid. *supra* el apartado 7.1.

consumados preexistentes. De este modo, el elemento de la falta de justificación impedirá la absolución del sujeto que, con posterioridad al acuerdo de una entrega vigilada, acude a recibir la droga por encargo de quien había concertado su envío. A pesar de que la tentativa realizada derive de una provocación (atípica) imputable al Estado, la justificación del art. 263 bis LECrim permitirá que esta sea legítimamente castigada.

Esta interpretación impide que los sujetos contratados por organizaciones criminales tengan incentivos perversos para recoger envíos de droga ajenos. Además, contribuye a dotar de relevancia práctica a la autorización del art. 263 bis LECrim. Aunque dicho precepto autorice una conducta atípica que no restringe derechos fundamentales —cuya realización *motu proprio* por parte de la policía no comportaría, ni su castigo, ni la nulidad de la prueba¹⁶⁸²— la justificación de la entrega vigilada permitirá reprochar legítimamente las tentativas (inidóneas) provocadas a través de su ejecución. *A sensu contrario*, las entregas vigiladas que no hayan sido autorizadas en virtud del art. 263 bis LECrim deberán comportar la impunidad de dichas tentativas. En última instancia, este pequeño incentivo puede favorecer que la policía opte por someterse al control judicial que impone esta medida y, de este modo, lograr su propósito de “*reforzar el control judicial sobre la actuación de investigación criminal de la policía*”¹⁶⁸³.

¹⁶⁸² Vid. *supra* el apartado 8.2 del capítulo IV.

¹⁶⁸³ GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, cit., pág. 41.

10. Categoría sistemática

De acuerdo con las premisas expuestas, el favorecimiento voluntario e injustificado de un delito a través de una conducta imputable al Estado impedirá que su autor pueda ser legítimamente castigado. De este modo, la concurrencia de los tres elementos delimitados anteriormente —provocación, imputación y falta de justificación— determinará la impunidad del sujeto provocado. Una vez esclarecidos los límites y el fundamento de dicha impunidad, resta ahora identificar la *ubicación sistemática* en la que debe plasmarse. Esto es, la categoría que permite recoger su sentido dentro de nuestro sistema de atribución de responsabilidad.

Una primera posibilidad ha sido sugerida por SILVA SÁNCHEZ y, en especial, por CIGÜELA SOLA al hilo del tratamiento de la exclusión social. De acuerdo con estos autores, los déficits de legitimidad del Estado para castigar conductas delictivas deben plasmarse en la categoría de la *inexigibilidad*¹⁶⁸⁴. En particular, en una subcategoría de esta que ha sido denominada, de forma muy gráfica, *inexigibilidad por razón de la instancia de imputación*¹⁶⁸⁵. El motivo por el cual esta categoría resultaría la más idónea para sistematizar las causas que impiden al Estado castigar un delito en virtud de su comportamiento previo sería que, al igual que la responsabilidad, la exigibilidad es un *concepto relacional*¹⁶⁸⁶. Tal y como indica SILVA SÁNCHEZ, “*un comportamiento no es exigible o inexigible en abstracto*”, sino que puede ser exigido (o no) por alguien¹⁶⁸⁷. Por ello, resulta perfectamente posible que “*en un contexto dado, una determinada conducta le resulte exigible a alguien por parte de otro; y que esa misma conducta, en el mismo contexto, no le resulte exigible por un tercero*”¹⁶⁸⁸. La naturaleza relacional de la exigibilidad permitiría sistematizar las razones por las que una conducta resulta inexigible en dos grandes bloques: por un lado, aquellas que van referidas al sujeto que debe cumplir la exigencia y, por el otro, aquellas que van asociadas a quien debe realizar dicha exigencia. En palabras de CIGÜELA SOLA, “*una conducta adecuada a derecho puede ser inexigible por dos motivos: porque la persona a quien debería dirigirse la norma se encuentra en una situación en la que su cumplimiento no sería normativamente razonable, o porque quien debería exigir su cumplimiento, en este caso el Estado, no está en condiciones de hacerlo (por medio de pena). En el primer caso hablamos de*

¹⁶⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, cit., pág. 724; EL MISMO, *Malum passionis*, cit., pág. 108; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 323.

¹⁶⁸⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 329.

¹⁶⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 109.

¹⁶⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸⁸ *Ibidem*.

*inexigibilidad por razón del sujeto de imputación, y en la otra de inexigibilidad por razón de la instancia de imputación*¹⁶⁸⁹. De acuerdo con esta nomenclatura, la inexigibilidad por razón del sujeto de imputación incluiría las eximentes de estado de necesidad exculpante y miedo insuperable¹⁶⁹⁰. Estas eximentes negarían que la conducta adecuada a Derecho fuera exigible *por cualquiera* y se situarían dentro del marco de la culpabilidad (o imputación personal). En cambio, la inexigibilidad por razón de instancia de imputación abarcaría aquellos motivos que cuestionan la capacidad del Estado para “*exigir el cumplimiento de las normas a sujetos dotados de capacidad de culpabilidad*”¹⁶⁹¹. En todo caso, esta última modalidad de inexigibilidad presupondría un injusto culpable y, por tanto, debería situarse dentro de “*una categoría autónoma más allá de la culpabilidad*”¹⁶⁹². Para CIGÜELA SOLA, esta debería ser la *punibilidad*¹⁶⁹³. Así, desde el punto de vista de este autor, la exigibilidad se situaría entre la culpabilidad y la punibilidad: la primera abarcaría la inexigibilidad “por razón del sujeto de imputación” y la segunda subsumiría la inexigibilidad “por razón de instancia de imputación”. Desde esta concepción sistemática, la provocación injustificada e imputable al Estado de un delito excluiría la *punibilidad* del sujeto provocado en base a la *inexigibilidad* de otro comportamiento por parte de la instancia de imputación.

Una segunda opción ha sido propuesta por SEELMAN en el marco del desarrollo de los denominados *mediating principles*¹⁶⁹⁴. De acuerdo con los autores que han desarrollado este concepto, los “*mediating principles han de concebirse como principios normativos que limitan la criminalización y cuyo fundamento puede distinguirse de los principios que se ocupan del carácter lesivo o peligroso de un comportamiento*”¹⁶⁹⁵. Bajo este paraguas conceptual se han incluido principios tan heterogéneos como el de tolerancia, el de subsidiariedad o el de proporcionalidad¹⁶⁹⁶. El elemento común de todos ellos sería que limitan la responsabilidad penal desde una perspectiva externa a la teoría del delito y, por tanto, no resultan subsumibles en ninguna de sus categorías. Aquí únicamente

¹⁶⁸⁹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 329.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, pág. 330.

¹⁶⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 110.

¹⁶⁹² CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 338. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 108, indica que estas cuestiones deben abordarse “*de modo general en un nivel sistemático posterior al de la culpabilidad stricto sensu*”.

¹⁶⁹³ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 338.

¹⁶⁹⁴ SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 213.

¹⁶⁹⁵ VON HIRSCH, “La tolerancia como mediating principle”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 165. En la obra colectiva en la que se incluye este artículo puede encontrarse una discusión muy rica sobre la delimitación de este controvertido concepto.

¹⁶⁹⁶ VON HIRSCH/SEELMAN/WOHLERS, “Qué son los «mediating principles»?”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 58 y 59.

interesa señalar que SEELMAN ha sostenido que la *dispersión de la responsabilidad* puede operar como un principio de estas características. En particular, que este “*metaprincipio normativo que limita la criminalización*” debe abarcar los supuestos de “*corresponsabilidad de la instancia de imputación*” en un delito¹⁶⁹⁷. En estos casos, la “*instancia a la que se ha confiado la imputación ya no tiene legitimidad suficiente para esta imputación*” debido especialmente a “*razones de honradez*”¹⁶⁹⁸. Desde esta perspectiva, la provocación injustificada e imputable al Estado de un delito determinaría la impunidad del sujeto provocado en virtud del *mediating principle* de dispersión por corresponsabilidad de la instancia de imputación. En última instancia, esto supondría ubicar sistemáticamente dicha impunidad extramuros de la teoría del delito.

Finalmente, DUFF considera que las causas que niegan la legitimidad del Estado para castigar conductas delictivas deberían plasmarse en la categoría de “impedimentos para el juicio” (“*bars to trial*”)¹⁶⁹⁹. En particular, aquellas causas que guardan relación con la conducta previa del Estado (“*prior official conduct*”) deberían ser reconducidas a una modalidad de impedimento para el juicio que él denomina, de forma muy ilustrativa, “*estoppel penal*”¹⁷⁰⁰. De este modo, DUFF ubica sistemáticamente la impunidad del sujeto provocado en el *ámbito procesal*. Desde su punto de vista, esta ubicación pone de relieve un matiz importante: los déficits de legitimidad del Estado que se plasman en impedimentos para el juicio no evitan solamente el *castigo* de quien ha realizado una conducta delictiva sino que, además, impiden que dicha conducta pueda ser *juzgada*¹⁷⁰¹. La concurrencia de esta clase de impedimentos debería constatarse antes del juicio para determinar la pertinencia de que el “*tribunal haga comparecer a esa persona para responder al cargo de comisión de un delito penal y juzgue su culpabilidad o inocencia: de no cumplirse esas condiciones, el tribunal no puede legítimamente ocuparse de la*

¹⁶⁹⁷ SEELMAN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, cit., pág. 224.

¹⁶⁹⁸ *Ibidem*, págs. 222 y 223, señalando que “*la contribución a delitos por parte de los órganos del Estado no disminuye evidentemente en modo alguno, a diferencia de lo que ocurre en caso de corresponsabilidad de la víctima, el injusto que el autor ha cometido (...) Lo único que ocurre es que consideramos que el acto de imputar el hecho realizado por el autor colectivo, al cual hay que imputarle a la vez el hecho, es incorrecto*”.

¹⁶⁹⁹ DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 181; EL MISMO, *Sobre el castigo*, cit., pág. 75. Similar, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 247.

¹⁷⁰⁰ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 82. Recuérdese que, en el ámbito civil, el *estoppel* es la expresión anglosajona —equivalente al *venire contra factum proprium*— mediante la cual se alude a la doctrina de los actos propios. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 126, indica que “*con el nombre de «estoppel» se conoce aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación —aunque sea cierta— que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta*”.

¹⁷⁰¹ DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, cit., pág. 130; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., pág. 241.

*cuestión de la culpabilidad*¹⁷⁰². De esta forma, la provocación injustificada e imputable al Estado de un delito excluiría la posibilidad de enjuiciar al sujeto provocado en virtud de un *impedimento para el juicio* basado en el *estoppel*.

Pues bien, desde mi punto de vista, aunque los *mediating principles* pueden ser útiles para identificar grupos de casos problemáticos, emplearlos como categoría sistemática en sí misma resulta poco convincente¹⁷⁰³. Por ello, parece preferible optar por alguna de las dos opciones restantes. Es decir, concebir las provocaciones (imputables e injustificadas), o bien como *causas de exclusión de la pena*¹⁷⁰⁴, o bien como *impedimentos procesales*. En esencia, esta misma disyuntiva se plantea en la discusión alemana sobre la *unzulässige Tatprovokation* a la hora de determinar sus consecuencias (*Strafausschließungsgrund* o *Verfahrenshindernis*)¹⁷⁰⁵. En última instancia, la elección de una u otra categoría determinaría la naturaleza penal o procesal de los motivos que conllevan la impunidad del sujeto provocado, pues las causas de exclusión de la pena son propias del *Derecho penal material* y, en cambio, los impedimentos procesales pertenecen al ámbito del *Derecho procesal penal*.

Antes de tomar posición por una de estas dos alternativas, conviene poner de relieve la escasa relevancia práctica que tiene distinguir entre causas de exclusión de la pena¹⁷⁰⁶ e

¹⁷⁰² DUFF, *Sobre el castigo*, cit., pág. 73. Para este autor, en el juicio solamente debe discutirse la concurrencia de las condiciones de la responsabilidad penal —esto es, la existencia de un delito— una vez se haya constatado que se cumplen las precondiciones de dicha responsabilidad y, por tanto, el Estado se encuentra legitimado para hacer responder al acusado. En este sentido, DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 180. Sobre la distinción que efectúa DUFF entre condiciones y precondiciones de la responsabilidad vid. *supra* el apartado 5.

¹⁷⁰³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Prólogo a la edición española”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 15, indica que “a pesar de que los *mediating principles* parecen haber sido situados más allá de la teoría del delito o, en todo caso, más allá del núcleo de ésta, conviene seguir insistiendo en que el gran *mediating principle* del que disponemos los penalistas es precisamente éste: la teoría del delito”.

¹⁷⁰⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 338, ubica dichas causas en la punibilidad y, por tanto, dentro de la teoría del delito. No obstante, tal y como indica MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 155, si se niega que la punibilidad constituya una categoría autónoma de la teoría del delito, deberá reconocerse que las causas de exclusión de la pena “no impiden la presencia de un «delito», sino, sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona”.

¹⁷⁰⁵ Vid. *supra* el apartado 3 del capítulo III. No obstante, al contrario de lo que ocurre con las posiciones sistemáticas expuestas en el texto, la discusión alemana sobre las consecuencias de la *unzulässige Tatprovokation* no toma como punto de partida la fundamentación de la impunidad del sujeto provocado por la que se ha optado en este trabajo. Respecto a la disyuntiva propia de dicha discusión entre *Strafausschließungsgrund* y *Verfahrenshindernis* vid. por todos I. ROXIN, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, cit., págs. 1371 y ss.

¹⁷⁰⁶ Las causas de exclusión de la pena se distinguen de las condiciones objetivas de punibilidad por el hecho de ir referidas a *circunstancias negativas*. Es decir, por vincularse a condiciones que *no deben concurrir* para que un comportamiento antijurídico y personalmente imputable resulte punible. En este sentido, PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004,

impedimentos procesales¹⁷⁰⁷. Tal y como indica C. ROXIN, ambas categorías son “funcionalmente equivalentes”¹⁷⁰⁸. En este sentido, las dos figuras conllevan el mismo resultado de excluir la aplicación de la pena por motivos ajenos a la prueba y a la ilicitud culpable del hecho¹⁷⁰⁹. Al contrario de lo que ocurre con otras distinciones sistemáticas, calificar una institución como causa de exclusión de la pena o como impedimento procesal no tiene repercusión alguna sobre la participación, el tratamiento del error, la legítima defensa, la responsabilidad civil, etc. Ni siquiera tiene trascendencia —como sugiere DUFF— para determinar el momento procesal en que debe apreciarse su concurrencia, pues “no puede perderse de vista que la incoación del procedimiento tampoco es posible, por citar un ejemplo, cuando un hecho atípico es objeto de denuncia o querrela, y sin embargo, nadie cuestiona que la tipicidad sea una cuestión de carácter penal. Y lo mismo cabe afirmar en aquellos supuestos en los que es inviable la persecución penal por concurrir una excusa legal absolutoria”¹⁷¹⁰. Tanto las causas de exclusión de la pena como los impedimentos procesales “impiden la sentencia y, por tanto, obligan incluso a clausurar el proceso de modo anticipado”¹⁷¹¹ si se aprecian con anterioridad a la fase de juicio oral. En última instancia, la distinción entre una y otra categoría es una cuestión “que obedece a meras razones clasificatorias y que adolece de una cierta arbitrariedad, pues la asignación de una u otra etiqueta no repercute en la función que la concreta figura desempeña en la globalidad del sistema”¹⁷¹². Al fin y al

pág. 49; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 153. Del mismo modo, se diferencian de las causas de levantamiento de la pena (“*Strafaufhebungsgründe*”) por asociarse a circunstancias que concurren en el momento de la ejecución delictiva y no con posterioridad a la misma (como ocurre, por ejemplo, con el desistimiento en la tentativa). Vid. al respecto FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 45. En todo caso, conviene advertir que la doctrina acostumbra a utilizar el término genérico “excusa absolutoria” para aludir tanto a las causas de exclusión de la pena como a las causas de levantamiento de la pena. Críticamente con el empleo de esta denominación BUSTOS RUBIO, “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo”, cit., pág. 8.

¹⁷⁰⁷ Los impedimentos procesales constituyen *condiciones de procedibilidad negativas*. Es decir, condiciones de procedibilidad que van referidas a la ausencia de determinadas circunstancias. Vid. al respecto PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, cit., pág. 47. Tal y como indica MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pág. 184, esta clase de condiciones “no afectan a la existencia de un delito, sino sólo a la posibilidad de su persecución procesal. Al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal”. Sobre las múltiples denominaciones que emplea la doctrina para referirse a esta figura vid. MENDES DE CARVALHO, “Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática”, cit., pág. 2.

¹⁷⁰⁸ C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 6.

¹⁷⁰⁹ PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, cit., pág. 49.

¹⁷¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 72, negando que resulte convincente “atribuir a la prescripción la naturaleza de impedimento procesal por el hecho de que su concurrencia impida, desde un inicio, la apertura de un procedimiento penal para la averiguación de los hechos prescritos”.

¹⁷¹¹ PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, cit., pág. 47.

¹⁷¹² RAGUÉS I VALLÈS, *La Prescripción penal*, cit. pág. 77.

cabo, la frontera que delimitan ambas figuras entre el ámbito del Derecho penal material y el Derecho procesal penal resulta notablemente difusa¹⁷¹³ y, en gran medida, depende “de los conceptos de Derecho penal material y procesal que se manejen y de cómo se conciben las relaciones entre ambos sectores del ordenamiento”¹⁷¹⁴.

Al margen de su concreta ubicación sistemática —en la punibilidad o en la categoría de los impedimentos procesales— y su adscripción a una u otra rama del ordenamiento jurídico —ya sea el Derecho penal o el procesal— lo relevante es que la impunidad del sujeto provocado no cuestiona la realización de un *injusto personalmente imputable* por su parte ni la *licitud de las pruebas* que lo acreditan. Ello conlleva tres consecuencias que merecen ser destacadas. En primer lugar, que “*la eventual deslegitimación del castigo estatal (...) no afecta ni a la legítima defensa ni a otras reacciones defensivas propias de la víctima o de terceros en su nombre*”¹⁷¹⁵. La provocación (imputable e injustificada) no justifica la conducta delictiva del sujeto provocado y, por tanto, no genera ninguna clase de deber de tolerancia por parte de terceros. En segundo lugar, que las pruebas que acreditan la realización de la infracción provocada pueden ser lícitamente empleadas para sustentar una condena por otros delitos que hayan sido puestos de manifiesto a través de aquella¹⁷¹⁶. Por último, que la provocación (imputable e injustificada) únicamente excluye “*la imposición de una pena en sentido estricto (como reproche ético al que le sigue un sufrimiento), lo que no implica que no haya respuesta alguna por parte del ordenamiento jurídico*”¹⁷¹⁷. En este sentido, la imposibilidad de castigar legítimamente al sujeto provocado no obsta a que puedan recaer sobre él otra clase de *medidas no sancionatorias*. Al fin y al cabo, estas medidas no presuponen la expresión de reproche alguno y, en consecuencia, su legitimidad no se ve menoscabada por el comportamiento previo del Estado. Así, por ejemplo, el *decomiso* de las drogas o las armas halladas en poder del sujeto provocado (o incluso el de los beneficios ilícitos derivados de su enajenación) resultará legítimo aunque su tenencia

¹⁷¹³ En este sentido, GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, cit., págs. 66 y 67, señala que “*existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal en la medida en que hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios*”. PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, cit., págs. 57 y 58, va más allá al sostener que “*en realidad, derecho penal y derecho procesal penal no pueden ser separados y no sólo en este terreno de frontera, sino en todo el ámbito de actuación de ambas ramas del orden jurídico penal*”. Según este autor “*no sólo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso*”. De esta forma, tal y como indica RAGUÉS I VALLÈS, *La Prescripción penal*, cit. pág. 76, las normas procesales “*pasan a integrarse en la norma penal secundaria y se convierten en un subsistema de reglas dentro del sistema global del Derecho penal*”.

¹⁷¹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *La Prescripción penal*, cit. pág. 71.

¹⁷¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 106. En el mismo sentido, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 340.

¹⁷¹⁶ Vid. *supra* el apartado 7.2.

¹⁷¹⁷ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 340.

no pueda ser castigada por haber sido provocada¹⁷¹⁸. En última instancia, ello puede suponer que, pese a no lograr una condena, la realización de una provocación en el marco de un operativo policial constituya un éxito en términos preventivos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, creo que tratar de ubicar sistemáticamente la impunidad del sujeto provocado a partir de los controvertidos criterios que delimitan las causas de exclusión de la pena y los impedimentos procesales resulta una tarea estéril¹⁷¹⁹. Desde mi punto de vista, la elección de una u otra categoría debe supeditarse a la resolución de una última cuestión. Esta es, identificar el *anclaje positivo* que permite respaldar la impunidad del sujeto provocado. En tanto que dicho anclaje determinará la naturaleza material o procesal de los motivos que conllevan la impunidad del sujeto provocado, también condicionará su ubicación sistemática en el marco de las causas de exclusión de la pena o los impedimentos procesales.

¹⁷¹⁸ Sobre la naturaleza no sancionatoria del decomiso me he pronunciado en CASTELLVÍ MONSERRAT, “El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción», en *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 345 y ss.; EL MISMO, “Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *Indret*, núm. 1, 2019, págs. 21 y ss. Sobre los cauces procedimentales que permiten aplicar el decomiso cuando no resulta legítimo imponer una pena vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, “Algunos problemas aplicativos del decomiso ampliado y el decomiso sin condena”, *LLP*, núm. 133, 2018, págs. 3 y ss.

¹⁷¹⁹ En este sentido, PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, cit., pág. 48, indica que “*uno de los problemas más graves de la teoría de los presupuestos procesales, todavía no resuelto con plena satisfacción, consiste (...) en distinguir entre los impedimentos procesales y las causas de exclusión de la punibilidad que operan por fuera del injusto culpable*”. La doctrina ha propuesto múltiples criterios para delimitar ambas figuras y, en función del que se escoja, puede sostenerse tanto una calificación como otra para la impunidad derivada de una provocación (imputable e injustificada). Vid. una exposición detallada de todos ellos en MENDES DE CARVALHO, “Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática”, cit., págs. 5 y ss.

11. Anclaje positivo

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, la ubicación sistemática de la impunidad del sujeto provocado pende de la resolución de una última cuestión. Esta es, identificar cuál es el *precepto positivo* que puede dotar de cobertura a dicha impunidad. En última instancia, este precepto debería servir para amparar la decisión judicial de dejar sin castigo un delito cuya comisión puede ser acreditada mediante pruebas lícitas. Es decir, debería permitir que los tribunales excluyan la aplicación de una pena por motivos ajenos a la prueba y a la ilicitud culpable del hecho.

Evidentemente, el Código penal no contiene un precepto de estas características. Al contrario de lo que ocurre en la legislación penal de Uruguay¹⁷²⁰, nuestro texto punitivo no prevé ningún mecanismo para impedir que el sujeto provocado sea castigado. Además, el art. 4.3 CP parece excluir la posibilidad de no imponer una sanción “*cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo*”, instando a “*ejecutar desde luego la sentencia*” y, como máximo, acudir “*al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto*”¹⁷²¹. La única previsión que permitiría tomar en consideración los déficits de legitimidad del Estado que derivan de su comportamiento previo se contendría en el art. 21.7^a CP —atenuante analógica¹⁷²²— pero, en todo caso, dicho precepto solamente podría atenuar la pena del sujeto provocado y no evitar su imposición¹⁷²³.

Algo similar ocurre con nuestra legislación procesal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal carece de un precepto expreso que, al modo del §133.5 öStPO¹⁷²⁴, pueda amparar la decisión judicial de no perseguir penalmente al sujeto provocado. La única previsión legal que podría llegar a respaldar una decisión de estas características se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha ley contiene en su artículo 11 —de forma análoga al

¹⁷²⁰ Vid. *supra* el apartado 6 del capítulo III.

¹⁷²¹ MONTIEL FERNÁNDEZ, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Tesis, Universitat Pompeu Fabra, 2008, págs. 66 y 286, cuestiona la constitucionalidad de este precepto pero, al mismo tiempo, rechaza toda posibilidad de reconocer causas de exclusión de la pena supraliberales —categoría en la que debería subsumirse la impunidad del sujeto provocado si se adscribiera al ámbito del Derecho penal— debido al carácter excepcional de las previsiones que contienen esta clase de excusas absolutorias.

¹⁷²² Precisamente, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., pág. 86, y CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pág. 345, recurren a esta circunstancia atenuante para tomar en consideración algunos de estos déficits de legitimidad.

¹⁷²³ En todo caso, este precepto podría ser empleado para reducir la pena del sujeto provocado en aquellos supuestos en que la corresponsabilidad del Estado es la propia de un mero cómplice (apartado 7.1) o solo se proyecta sobre una parcela de su injusto (apartado 7.4).

¹⁷²⁴ Vid. *supra* el apartado 6 del capítulo III.

art. 7.1 CC— la exigencia de respetar *las reglas de la buena fe* en todos los procedimientos¹⁷²⁵. Teniendo en cuenta que la buena fe (objetiva) constituye el anclaje positivo de la doctrina de los actos propios, podría resultar factible recurrir a ella como base legal para impedir la persecución del sujeto provocado¹⁷²⁶. Al fin y al cabo, “*una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente (...) La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe*”¹⁷²⁷. Si la contradicción que fundamenta la impunidad del sujeto provocado fuera entendida como una infracción de las reglas de la buena fe, el art. 11 LOPJ podría operar como respaldo normativo de un impedimento procesal —al modo del *estoppel penal* que propone DUFF¹⁷²⁸— que evitara su persecución¹⁷²⁹. No obstante, aunque emplear el mismo apoyo

¹⁷²⁵ A renglón seguido, dicho precepto prevé la regla de exclusión probatoria: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Sin embargo, tal y como indica FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 28, dicha regla tiene un ámbito de aplicación distinto al propio de la buena fe. Además, la referencia del art. 11 LOPJ a “*todo tipo de procedimiento*” incluye de forma inequívoca el proceso penal. En este sentido, PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pág. 215, afirma que la “*recepción normativa del principio de la buena fe procesal a todos los órdenes jurisdiccional conlleva (...) su plena aplicación también al proceso penal. A pesar de que la doctrina no suele recogerlo entre los principios propios de este proceso, la jurisprudencia del TS constantemente admite su vigencia en el proceso penal*”.

¹⁷²⁶ El art. 11.2 LOPJ también indica que “*Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*”. Esta previsión podría ofrecer un apoyo legal adicional a la impunidad del sujeto provocado si su persecución pudiera ser entendida como un abuso de derecho (o un fraude de ley). Al fin y al cabo, la figura del abuso de derecho (o la del fraude de ley) permite solventar una laguna axiológica negando la licitud del ejercicio de un derecho (o poder normativo) permitido por las reglas en base a un principio. Vid. RIGGI, *Interpretación y ley penal*, cit., pág. 69. No obstante, tanto el abuso de derecho como el fraude de ley presuponen que el titular del derecho o poder normativo cuya licitud se niega es un particular (la figura equivalente en el ámbito de los órganos públicos es la desviación de poder). Vid. al respecto ATIENZA RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., págs. 94 y ss. Por ello, emplear este apartado del art. 11 LOPJ como anclaje legal para impedir la persecución *por parte del Estado* del sujeto provocado resulta especialmente problemático. En cambio, el concepto de buena fe —que, en realidad, representa la contracara del abuso de derecho o el fraude de ley— no se enfrenta a esta problema. En este sentido, la jurisprudencia no ha tenido inconveniente alguno en dirigir a los poderes públicos las exigencias propias de la buena fe (SSTS —Sala 3ª— de 24-1-1990; de 16-9-1997; de 6-7-1999).

¹⁷²⁷ DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., págs. 202 y 203.

¹⁷²⁸ DUFF, *Answering for Crime*, cit., pág. 183; EL MISMO, *Sobre el castigo*, cit., pág. 82.

¹⁷²⁹ Adviértase que las razones que fundamentan la ilegitimidad del castigo del sujeto provocado pueden ser reconducidas, en última instancia, a los criterios de honradez y rectitud que se desprenden del concepto de buena fe (objetiva). En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 199, indica que una de las acepciones de la buena fe “*significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas*”. También PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, pág. 157, señala que la buena fe objetiva comporta la valoración de una conducta “*a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto*”. Estas mismas referencias a los criterios de “rectitud” y “honradez” derivados de la buena fe pueden encontrarse en MORENO GARCÍA, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 266; NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pág. 264. Vid. en la jurisprudencia las SSTS —Sala 1ª— 477/2013, de 19-7; 433/2014, de 1-9.

legal que fundamenta la noción del *venire contra factum proprium* resulta sugerente, la tradicional vinculación de la buena fe con los derechos subjetivos —y, en especial, con su ejercicio por parte de particulares— aconseja buscar otro acomodo positivo más acorde con la naturaleza de la pretensión que trata de impedirse (la pena) y el sujeto encargado de realizarla (el Estado).

Desde mi punto de vista, el anclaje positivo de la impunidad del sujeto provocado debe identificarse en algún *precepto constitucional* que, de forma más o menos implícita, pueda recoger el sentido del argumento de la legitimidad. A estos efectos, conviene valorar tres alternativas. Una primera posibilidad sería vincular directamente dicho argumento con la noción de *Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1 CE). Así, podría sostenerse que un Estado de estas características no puede formular reproches (penales) que se contradigan con el significado de sus propios actos. De este modo, tal y como ha sugerido alguna sentencia del Tribunal Supremo español —siguiendo en este punto al BGH¹⁷³⁰—, la impunidad del sujeto provocado quedaría amparada por “*una condición de procedibilidad, deducible del principio del Estado de Derecho*”¹⁷³¹. Una segunda opción sería entender que la imposición de una pena en circunstancias en que el Estado no puede expresar legítimamente censura o desaprobación —debido a su comportamiento previo— supone instrumentalizar al sujeto provocado¹⁷³². De esta forma, el reconocimiento constitucional de la *dignidad de la persona* (art. 10.1 CE) serviría como base positiva para oponerse a su castigo¹⁷³³. Finalmente, también podría argumentarse que un procedimiento penal dirigido a sancionar una infracción provocada (injustificadamente) por las propias autoridades del Estado vulnera las garantías derivadas del derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE). En tanto que la coherencia (o integridad) del Estado a la hora perseguir una infracción fuera comprendida como una exigencia propia del debido proceso, el art. 24 de la Constitución podría constituir el anclaje positivo necesario para evitar que los jueces sancionen al sujeto provocado.

Obviamente, la elevada abstracción de estas previsiones constitucionales impide que, por sí mismas, puedan explicar los límites de la impunidad del sujeto provocado. Sin embargo, dicha abstracción es precisamente la que permitiría emplearlas como anclaje

¹⁷³⁰ BGH, NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 126; NStZ 2016, 52.

¹⁷³¹ STS 1247/1997, de 20-10, afirmando en este sentido que “*la punibilidad del delito provocado por las fuerzas de seguridad es incompatible con el Estado de Derecho*”.

¹⁷³² CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, cit., pág. 1114.

¹⁷³³ Adviértase que aquí la dignidad no se opondría a la provocación, sino a la formulación del reproche penal por parte de quien es corresponsable de la infracción que lo motiva. En este sentido, la instrumentalización del sujeto provocado se produciría mediante el castigo que le impone el Estado en condiciones en que no puede expresar legítimamente censura o desaprobación.

positivo de la fundamentación propuesta en este trabajo y, de este modo, delimitar la impunidad del sujeto provocado a partir de los (tres) elementos que derivan de ella. En este sentido, tal y como se deduce de la jurisprudencia del BGH, los tres preceptos mentados constituyen, *a priori*, candidatos idóneos para respaldar normativamente una construcción de estas características¹⁷³⁴.

De todas formas, a la hora de tomar partido por una u otra previsión, conviene tener en cuenta que, tal y como reconoce nuestro propio Tribunal Constitucional, las normas “*relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E., así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 C.E., si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo*”¹⁷³⁵. En efecto, aunque los arts. 1.1 y 10.1 CE pueden emplearse como parámetro interpretativo a la hora de definir el contenido de otros preceptos, su ubicación sistemática en la Constitución impide comprenderlos como derechos fundamentales y, por tanto, derivar directamente de ellos una consecuencia como la impunidad del sujeto provocado¹⁷³⁶. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico, ninguna de estas dos previsiones podría dotar de cobertura normativa a la decisión judicial de dejar sin castigo un delito cuya comisión puede ser acreditada mediante pruebas lícitas. En cambio, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) sí que constituye un derecho fundamental y, en consecuencia, su infracción resulta idónea para impedir, por sí misma, el castigo de una determinada conducta delictiva. Al contrario de lo que ocurre con los arts. 1.1 y 10.1 CE, el reconocimiento constitucional del derecho al proceso debido sí que puede respaldar normativamente la impunidad del sujeto provocado. Es más, como tratará de ponerse de manifiesto a continuación, no solo puede hacerlo, sino que *debe hacerlo*.

Tal y como se ha expuesto en la primera parte de esta investigación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el derecho a un proceso equitativo impide que una condena penal pueda fundamentarse en determinadas provocaciones realizadas por funcionarios públicos¹⁷³⁷. Según el tribunal de Estrasburgo, dichas provocaciones privan “*ab initio y definitivamente al acusado de un proceso equitativo*”¹⁷³⁸. Es decir, resultan

¹⁷³⁴ Precisamente, el BGH ha fundamentado la *unzulässige Tatprovokation* en la dignidad humana, el principio de Estado de derecho y el derecho al juicio equitativo. Vid. *supra* el apartado 3 del capítulo III.

¹⁷³⁵ STC 150/1991, de 4-7.

¹⁷³⁶ Tal y como indican las SSTs 120/1990, de 27-6; 137/1990, de 19-7, la infracción de dichos preceptos ni siquiera puede motivar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹⁷³⁷ Vid. *supra* el apartado 2 del capítulo III.

¹⁷³⁸ STEDH —Gran Sala— *caso Ramanauskas v. Lituania*, de 5-2-2008, párr. 54.

incompatibles con un proceso que respete las garantías del art. 6.1 CEDH. De acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, “*para que el juicio sea justo de acuerdo a esta disposición, todas las pruebas obtenidas como resultado de una provocación policial deben ser excluidas o debe aplicarse un procedimiento con consecuencias similares*”¹⁷³⁹. Teniendo en cuenta que art. 10.2 CE vincula la interpretación de los derechos fundamentales a “*los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, parece obligado entender que el contenido de la tutela judicial efectiva se opone al castigo del sujeto provocado en determinados supuestos¹⁷⁴⁰. Al fin y al cabo, si el máximo intérprete del CEDH ha delimitado el derecho a un proceso equitativo de este modo, el precepto constitucional que proclama un derecho equivalente deberá ser comprendido de una forma que, al menos, resulte compatible con el mismo¹⁷⁴¹. Aunque el tenor literal de los arts. 6.1 CEDH y 24 CE no haga referencia alguna a un “derecho a no ser provocado” (o, mejor, a “no ser condenado tras una provocación”), la interpretación que el TEDH hace del primero constituye, por sí misma, un argumento (de autoridad¹⁷⁴²) suficiente para entender que la tutela judicial efectiva garantiza la impunidad del sujeto provocado ante determinadas provocaciones estatales.

Ahora bien, resulta evidente que la difusa delimitación que efectúa el TEDH de las provocaciones que infringen el art. 6.1 CEDH —denominadas por él “provocaciones policiales”— no coincide con los tres elementos que, de acuerdo con el argumento de la legitimidad, deberían acotar la impunidad del sujeto provocado. Sin embargo, este desajuste no impide emplear el derecho a la tutela judicial efectiva como anclaje positivo de la fundamentación (y delimitación) propuesta en este trabajo. A fin de cuentas, la interpretación que realiza el TEDH sobre el contenido del art. 6.1 CEDH solamente

¹⁷³⁹ STEDH caso *Furcht v. Alemania*, de 23-10-2014, párr. 64.

¹⁷⁴⁰ En este sentido, A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 201, señala que “*el art. 10.2 CE se erige como una verdadera cláusula de garantía, que permite al aplicador e intérprete de la Constitución contar con los mecanismos necesarios para dotar de contenido a todos los derechos recogidos por nuestra Norma Fundamental, contenido que no debe contradecir el estándar forjado en Estrasburgo*”. Sobre la relevancia del art. 10.2 CE en la interpretación de los derechos fundamentales vid. también SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 211 y ss.

¹⁷⁴¹ SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., págs. 211 y ss. A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos*, cit., pág. 198.

¹⁷⁴² Sobre el uso del canon europeo como argumento de autoridad en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, TRC, núm. 20, 2007, págs. 448 y ss.; LA MISMA, *La interpretación de los derechos*, cit., págs. 220 y ss.

representa un *catálogo de mínimos*¹⁷⁴³. La delimitación de la impunidad del sujeto provocado que deriva del argumento de la legitimidad es más amplia que la propia del TEDH y, por tanto, resulta plenamente compatible con su jurisprudencia.

En definitiva, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es incapaz de aclarar por sí mismo los límites de la impunidad del sujeto provocado¹⁷⁴⁴, su reconocimiento constitucional puede operar como respaldo normativo de la fundamentación propuesta en esta investigación. En tanto que la jurisprudencia del TEDH obliga a entender que determinadas provocaciones estatales resultan incompatibles con las garantías del proceso debido, emplear el argumento de la legitimidad como una explicación de por qué (y cuándo) se produce dicha incompatibilidad me parece, dentro de las opciones disponibles, lo menos problemático¹⁷⁴⁵. Al fin y al cabo, el art. 24 CE resulta lo suficientemente amplio como para incorporar dentro de su contenido una exigencia de coherencia (o integridad¹⁷⁴⁶) en los procesos sancionatorios que, en última instancia, impida al Estado perseguir aquellas infracciones que él mismo ha favorecidas voluntaria e injustificadamente¹⁷⁴⁷.

En todo caso, la elección art. 24 CE como anclaje positivo de la impunidad del sujeto provocado comporta inevitablemente que las provocaciones (imputables e injustificadas) deban ubicarse sistemáticamente en la categoría de los *impedimentos procesales*¹⁷⁴⁸. En

¹⁷⁴³ SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., pág. 137; A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos*, cit., pág. 98; CARPIO BRIZ, *Non bis in ídem: un derecho fundamental del ius puniendi español frente a la superposición de sanciones administrativas y penales*, Tesis, Universitat de Barcelona, 2011, pág. 589.

¹⁷⁴⁴ Vid. *supra* el apartado 6.5 del capítulo VI.

¹⁷⁴⁵ De todos modos, la seguridad jurídica aconsejaría que, *de lege ferenda*, el legislador introdujera en el ordenamiento jurídico un artículo que previera expresamente la impunidad del sujeto provocado en los supuestos —ya delimitados— en que el Estado carece de legitimidad para castigarlo. Dicho precepto podría tener el siguiente tenor literal: *No serán perseguidas las infracciones penales provocadas injustificadamente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones*. La referencia a que la provocación injustificada del funcionario se haya realizado “en el ejercicio de sus funciones” excluiría del ámbito aplicativo de este precepto —de forma análoga a lo que ocurre en el delito de atentado— las provocaciones antijurídicas que, como tales, no resultan imputables al Estado. Vid. *supra* el apartado 8.2.

¹⁷⁴⁶ La referencia a la integridad del sistema de justicia criminal como fundamento de la impunidad del sujeto provocado es frecuente en la jurisprudencia inglesa. Vid. *R v. Looseley; Attorney General's Reference* (No 3 of 2000) [2001] UKHL 5, párr. 39. En esta misma dirección, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3*, cit., págs. 225 ss, desarrollan un “principio de integridad” cuyas exigencias se opondrían al castigo del sujeto provocado. En ambos casos, la integridad a la que aluden se fundamentaría, precisamente, en el proceso debido.

¹⁷⁴⁷ Sobre la gran amplitud y el casuismo que caracteriza la delimitación del derecho a la tutela judicial efectiva vid. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, pág. 210; CÁMARA VILLAR, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Manual de Derecho constitucional*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 303.

¹⁷⁴⁸ En todo caso, conviene recordar que la “exclusión probatoria” a la que alude el TEDH como remedio adecuado ante una vulneración del art. 6.1 CEDH no se refiere a los medios de prueba derivados de la

este sentido, la naturaleza inequívocamente procesal del derecho a la tutela judicial efectiva impide adscribir las consecuencias de su infracción al ámbito del Derecho penal material. Por ello, la posibilidad de plasmar dicha consecuencia en una causa de exclusión de la pena debe descartarse. Si el respaldo normativo de la impunidad del sujeto provocado se identifica en el derecho al proceso debido, la categoría sistemática idónea para recoger su sentido debe ser la propia de los impedimentos procesales¹⁷⁴⁹. A fin de cuentas, la vulneración del mentado derecho se producirá mediante el propio proceso penal y, por tanto, su remedio no solamente deberá impedir la imposición de una pena, sino también la persecución y el enjuiciamiento de la infracción provocada.

provocación (por ejemplo, el testimonio del agente policial) sino al hecho delictivo en sí mismo. Precisamente por ello, la categoría idónea para recoger el sentido de la impunidad del sujeto provocado es la propia de los impedimentos procesales. Vid. al respecto JÄGER, “Schon wieder polizeilich initiierter Tatendrang“, cit., pág. 310; C. SCHMIDT, “Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation“, cit., pág. 59; SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, cit., págs. 720 y 722.

¹⁷⁴⁹ De todos modos, aunque la impunidad del sujeto provocado se plasme en un impedimento procesal, la mera disminución de su responsabilidad (vid. *supra* nota 1723) debería reconocerse mediante la atenuante analógica (art. 21.7 CP) de forma similar a lo que ocurría, en su día, con las dilaciones indebidas o, actualmente, con la “cuasiprescripción”. Sobre esta última figura vid. RAGUÉS I VALLÈS, “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *Indret*, núm. 3, 2017, págs. 4 y ss.; SANTANA VEGA, “La atenuante analógica de cuasiprescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción”, *EPC*, núm. 39, 2019, págs. 114 y ss.

12. Conclusiones de la segunda parte: del problema a la solución

El problema planteado en la primera parte de esta investigación consistía en fundamentar y delimitar la impunidad del sujeto provocado. Esto es, responder a la pregunta de *¿por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado?* Tras descartar otros argumentos, en la segunda parte de este trabajo se ha concluido que la impunidad del sujeto provocado se fundamenta en que *el Estado carece de legitimidad para castigar un delito favorecido voluntaria e injustificadamente por un agente provocador que lo representa*. De este modo, se ha delimitado dicha impunidad a partir de tres elementos: 1) la *provocación* de un delito; 2) su *imputación* al Estado; 3) la *falta de justificación* de dicha provocación.

La idea que subyace al fundamento de la impunidad del sujeto provocado es que *un reproche presupone en quien lo formula la voluntad de que la conducta reprochada no se hubiera llevado a cabo*. Quien favorece voluntaria e injustificadamente un comportamiento no puede sostener de forma coherente dicha voluntad y, en consecuencia, tampoco puede dirigir legítimamente una censura contra el mismo. Por ello, si la pena se entiende, en alguna medida, como la expresión de un reproche, el Estado incurrirá en *contradicción* al castigar un delito cuyo favorecimiento (voluntario e injustificado) puede serle imputado. Al fin y al cabo, dicho favorecimiento resulta incompatible con la voluntad de que el delito no se hubiera llevado a cabo y, por tanto, con la expresión de censura o desaprobación mediante la pena. En tanto que, en estos casos, el Estado no puede formular un reproche coherente con sus propios actos, su legitimidad para castigar el delito en cuestión se verá menoscabada. Precisamente, la imposibilidad de sancionar legítimamente las conductas delictivas favorecidas de forma voluntaria e injustificada por los propios representantes del Estado constituye, en última instancia, el fundamento de la impunidad del sujeto provocado.

De acuerdo con esta fundamentación, los límites de la impunidad del sujeto provocado quedan definidos a través de tres elementos. Así, por un lado, el *elemento de la provocación* circunscribe dicha impunidad a las conductas del sujeto provocado que hayan sido *favorecidas voluntariamente* por un agente provocador. Por una cuestión de coherencia axiológica, el grado de favorecimiento necesario para apreciar este elemento debe equipararse al propio de las conductas de participación que el Código penal castiga con la misma pena que la autoría. De este modo, el favorecimiento voluntario que delimita el elemento de la provocación se asimila al que caracteriza la inducción o la cooperación necesaria. En consecuencia, la concurrencia de este elemento no queda condicionada a la *peligrosidad del sujeto provocado* o al dato acerca de quién ha tomado *la iniciativa*

delictiva, pues la ejecución de un delito ideado por un sujeto peligroso puede ser, de todos modos, favorecida voluntariamente por un agente provocador. Ni la peligrosidad del autor ni su iniciativa delictiva excluyen la posibilidad de que alguien responda (al menos) como cooperador necesario de un delito y, por tanto, ni lo uno ni lo otro impedirán apreciar el elemento de la provocación.

Ahora bien, el elemento de la provocación no abarcará las *infracciones descubiertas* a través del delito que debe quedar impune. En tanto que la comisión de dichas infracciones no haya sido favorecida por el agente provocador sino que, simplemente, haya quedado puesta de manifiesto, el sujeto provocado deberá ser sancionado por ellas. Al fin y al cabo, al no haber favorecido su realización, el Estado podrá expresar la voluntad de que no se hubieran llevado a cabo sin incurrir en contradicción. De esta forma, aunque el sujeto provocado deba ser absuelto por el delito al que ha contribuido el agente provocador, podrá ser legítimamente castigado por todas aquellas infracciones que hayan salido a la luz mediante la provocación. Algo parecido sucederá con los *excesos* del sujeto provocado. Es decir, con todos aquellos delitos que derivan de una provocación pero no resultan imputables a ella. Por mucho que la provocación haya sido causa —en el sentido de la *condicio sine qua non*— de dichos delitos, el sujeto provocado deberá ser sancionado por ellos cuando su favorecimiento por parte del agente provocador no pueda ser calificado como voluntario. En este sentido, si entre la actuación del agente provocador y el tipo realizado por el sujeto provocado no media una relación de favorecimiento voluntario, el delito en cuestión no quedará abarcado por el elemento de la provocación. De esta manera, aunque el sujeto provocado no hubiera cometido dicho delito con anterioridad a la intervención del agente provocador, la imposibilidad de imputarlo a la provocación determinará su punición.

Por otro lado, el *elemento de la imputación al Estado* limita las provocaciones que comportan la impunidad del sujeto provocado a aquellas que hayan sido realizadas por funcionarios públicos y, además, no resulten típicamente antijurídicas. De esta forma, impide que el sujeto provocado sea absuelto por una infracción cuya provocación proceda de un *particular*. Después de todo, el Estado no incurrirá en contradicción alguna al castigar una conducta favorecida voluntariamente por otro sujeto distinto. En este sentido, la impunidad del sujeto provocado depende de que su provocación pueda ser atribuida al mismo ente que, mediante la pena, debe formular el reproche: el Estado. Si la provocación y el castigo provienen de sujetos distintos, ni el uno ni el otro incurrirán en contradicción. En consecuencia, las únicas provocaciones que podrán conllevar la impunidad del sujeto provocado son aquellas realizadas por *funcionarios públicos* o, al menos, personas que

actúan siguiendo sus instrucciones. No obstante, incluso en estos casos, las provocaciones *típicamente antijurídicas* no resultarán imputables al Estado y, por tanto, tampoco comportarán la impunidad del sujeto provocado. Aunque dichas provocaciones sean realizadas por funcionarios públicos, en tanto que se encuentran prohibidas por el propio Estado, no serán atribuibles a él. Si el Estado trata de impedir que sus agentes lleven a cabo determinadas provocaciones a través de su prohibición, en el momento de reprochar la conducta del sujeto provocado podrá sostener, sin incurrir en contradicción, su voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo. Dicha voluntad solo podrá cuestionarse cuando la provocación del funcionario goce de su consentimiento, precisamente, por no encontrarse expresamente prohibida. En caso contrario, el Estado podrá desvincularse de la actuación del funcionario en cuestión y, de este modo, castigar legítimamente al sujeto provocado. Por ello, la antijuridicidad de una provocación impedirá la absolución del sujeto provocado. Así, en última instancia, los límites de la *responsabilidad del agente provocador* definirán, a modo de espejo, el ámbito que abarca la impunidad del sujeto provocado.

Teniendo en cuenta que el agente provocador debe responder penalmente por todas las contribuciones al delito que afecten al bien jurídico protegido —con la excepción de aquellas autorizadas por el art. 282 bis LECrim— la impunidad del sujeto provocado quedará condicionada a que su conducta no ponga en riesgo dicho objeto de protección *desde la perspectiva del agente provocador*. Esto podrá suceder en cuatro modalidades delictivas distintas: tentativas, delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones que atenten contra bienes jurídicos propios. Así, por un lado, el sujeto provocado podrá ser absuelto cuando el agente provocador contribuya a una tentativa sin dolo de consumación. Por otro lado, también podrá permanecer impune por un delito “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado” cuya consumación haya sido favorecida por el agente provocador sin obrar con los correspondientes elementos subjetivos exigidos por el tipo. Lo mismo ocurrirá cuando la conducta que implica la consumación de un delito de peligro abstracto, pese a resultar peligrosa desde el punto de vista *ex ante* del sujeto provocado, no pueda ser calificada como tal desde la perspectiva propia del agente provocador. Finalmente, el sujeto provocado también podrá ser absuelto cuando el agente provocador favorezca voluntariamente un delito que atenta contra bienes jurídicos de su titularidad. En el resto de modalidades típicas —delitos de tendencia interna intensificada, peligro concreto, presunto, etc.— cualquier contribución a su ejecución afectará necesariamente al bien jurídico protegido y, por tanto, el sujeto provocado siempre deberá ser sancionado por llevarlas a cabo. Después de todo, su

favorecimiento resultará típicamente relevante y, salvo que concurren los requisitos del art. 282 bis LECrim, comportará la responsabilidad penal del agente provocador.

Por último, el *elemento de la falta de justificación* impone una restricción adicional a la impunidad del sujeto provocado. En particular, excluye su absolución cuando la provocación imputable al Estado que lo ha llevado a delinquir se encuentre justificada. En tanto que dicha justificación torne compatible el favorecimiento voluntario de una conducta con su censura, el Estado podrá castigar legítimamente las infracciones que él mismo ha provocado. En este sentido, la voluntad que presupone el reproche en quien lo formula (el Estado) de que la conducta censurada (el delito) no se hubiera llevado a cabo resulta conciliable con su provocación cuando esta persigue un objetivo legítimo de mayor importancia. Precisamente por ello, las provocaciones típicas de un agente encubierto que se encuentren amparadas por el art. 282 bis LECrim deberán comportar el castigo del sujeto provocado aunque el primero carezca de responsabilidad. Del mismo modo, las eventuales provocaciones atípicas derivadas de una entrega vigilada (art. 263 bis LECrim) también harán lo propio pese a que el bien jurídico protegido no haya sido puesto en peligro desde la perspectiva de los funcionarios autorizados para llevarla a cabo.

En todo caso, en *anclaje positivo* de la fundamentación y delimitación desarrollada en esta investigación debe identificarse en el derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE). Aunque el contenido de este derecho es incapaz de explicar por sí mismo por qué y cuándo el sujeto provocado debería ser absuelto, su reconocimiento constitucional puede operar como respaldo normativo de una exigencia de coherencia (o integridad) que niegue la legitimidad del Estado a la hora de reprochar penalmente una conducta favorecida voluntaria e injustificadamente por sus propios representantes. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TEDH obliga a entender que el castigo derivado de determinadas provocaciones estatales es incompatible con las garantías del debido proceso (art. 10.2 CE), concebir la fundamentación y delimitación propuesta en este trabajo como una explicación de por qué y cuándo se produce dicha incompatibilidad resulta lo más ajustado a nuestro derecho positivo. Ello comporta que, en última instancia, las provocaciones (imputables e injustificadas) que determinan la impunidad del sujeto provocado deban ubicarse sistemáticamente en la categoría de los *impedimentos procesales*.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

- I. *La construcción jurisprudencial del delito provocado no está correctamente fundamentada.* Aunque los elementos que delimitan esta figura comportan resultados intuitivamente razonables, ninguno de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para fundamentarlos puede explicar su contenido. En este sentido, no existe una correspondencia lógica entre la respuesta que dan dichos argumentos a la pregunta de ¿por qué el delito provocado determina la impunidad? y la que ofrecen los mentados elementos a la cuestión de ¿cuándo concurre un delito provocado? Esto último pone de relieve que los límites del delito provocado no derivan del desarrollo coherente de ninguna de sus posibles fundamentaciones. Al fin y al cabo, el fundamento de una construcción jurisprudencial de estas características (el porqué) debería determinar los elementos que definen su contenido (el cuándo).

- II. *La imposibilidad de identificar un fundamento que explique los límites del delito provocado priva a la jurisprudencia de un apoyo interpretativo que le permita resolver de forma previsible algunos supuestos que, en la práctica, resultan muy frecuentes.* La ausencia de una respuesta clara a la pregunta de por qué el delito provocado determina la impunidad —o, mejor, la existencia de cuatro respuestas contradictorias entre sí— dificulta que nuestros tribunales apliquen esta figura de manera predecible en los casos de mayor relevancia práctica: las compras simuladas de drogas. Así, algunos de ellos supeditan la impunidad del vendedor a que este no tomara la iniciativa delictiva. Otros solamente consideran determinante que el vendedor en cuestión no dispusiera previamente de la droga solicitada. Una parte de la jurisprudencia excluye la absolución cuando constata que este se dedicaba habitualmente al tráfico de drogas. Incluso, determinadas resoluciones judiciales parecen condicionar la impunidad del vendedor a las sospechas previas que tuviera el aparente comprador. Teniendo en cuenta que todas estas posiciones resultan defendibles mediante alguno de los posibles fundamentos del delito provocado, la resolución de esta controversia jurisprudencial, así como la de muchas otras, requiere tomar partido por uno de ellos.

- III. *La influencia del positivismo criminológico en el Tribunal Supremo norteamericano de los años treinta puede explicar que los límites del entrapment, así como los de otras figuras que han tomado como referencia esta construcción, se definan a partir de la predisposición del sujeto que ha llevado a cabo el delito.* Aunque la

fundamentación de esta figura es incapaz de explicar su contenido, la delimitación de sus contornos mediante el criterio de la predisposición puede ser atribuida al influjo del positivismo criminológico al momento de dictarse la primera sentencia en que se aprecia el *entrapment*. A fin de cuentas, desde el punto de vista de esta escuela criminológica la distinción entre criminales (predispuestos) y no criminales (no predispuestos) no es meramente contingente, sino cualitativa y sustancial. Por ello, resulta coherente con el desarrollo de sus postulados trazar los límites de la impunidad que comporta el *entrapment* aludiendo a la predisposición de quien ha cometido un delito incitado por la policía. Teniendo en cuenta que la construcción norteamericana fue, con diferencia, la primera que apareció en el ámbito internacional, su influencia (directa o indirecta) sobre otras figuras europeas de contenido análogo podría explicar que estas también recurran a criterios similares para definir sus límites.

- IV. *La jurisprudencia del TEDH obliga a entender que el castigo de determinados delitos promovidos por la policía resulta incompatible con las garantías del proceso debido.* A pesar de que la delimitación de las “provocaciones policiales” incompatibles con un proceso equitativo resulta notablemente difusa en la jurisprudencia del TEDH, la posición de este tribunal en torno a la consecuencia que deben comportar dichas provocaciones es inequívoca: solamente la absolución del delito promovido por la policía impide que el Estado vulnere el art. 6.1 del CEDH. La reciente condena a Alemania por un supuesto de estas características pone de manifiesto que la mera atenuación de la pena resulta insuficiente a estos efectos. En tanto que el art. 10.2 CE vincula la interpretación de los derechos fundamentales a los tratados internacionales, el contenido de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) deberá ser comprendido de un modo que, al menos, sea compatible la jurisprudencia del TEDH en esta materia y, por tanto, garantice la impunidad de determinados delitos promovidos por la policía.
- V. *El principio del Estado de Derecho es incapaz de fundamentar los límites de la unzulässige Tatprovokation.* Con independencia de las consecuencias que comporte esta figura, el *Rechtsstaatsprinzip* no puede explicar por qué la *unzulässige Tatprovokation* requiere una incitación policial de cierta relevancia (*Tatprovokation*) dirigida a un sujeto que no sea sospechoso de haber cometido un delito previamente o irlo a cometer en el futuro (*unzulässige*). Por un lado, la vinculación de los poderes públicos al principio del Estado de Derecho no permite circunscribir la *unzulässige Tatprovokation* a las incitaciones policiales que superen un determinado umbral de intensidad, pues aquellas que no lo alcancen también constituyen actuaciones que, al

ser propias de los poderes públicos, deberían quedar vinculadas al *Rechstaatsprinzip*. Por otro lado, la admisibilidad de las incitaciones policiales dirigidas a sospechosos tampoco puede derivarse del mentado principio. En tanto que las únicas actuaciones públicas ajustadas al principio del Estado de Derecho son aquellas que se encuentran legalmente previstas, la ausencia de precepto que habilite las incitaciones policiales dirigidas a sospechosos impide ampararlas en el *Rechstaatsprinzip*.

- VI. *La protección de la integridad judicial no puede fundamentar por sí misma que el entrapment inglés se condicione a la excepcionalidad de la oportunidad brindada por la policía.* La distinción que efectúa la Cámara de los Lores entre “oportunidades excepcionales” y “oportunidades no excepcionales” no puede ser explicada a partir de la necesidad de preservar la integridad del sistema de justicia criminal. La referencia a dicha integridad no proporciona argumentos sólidos para sostener que la policía actúa de forma inadmisibile al ofrecer una “oportunidad excepcional” para delinquir y, por el contrario, su intervención resulta inobjetable al brindar una “oportunidad no excepcional”. Además, al determinar la excepcionalidad (o no) de la oportunidad delictiva aludiendo al contexto donde se ofreció, la concurrencia del *entrapment* acababa dependiendo de parámetros subjetivos que, en última instancia, favorecen la absolución de aquellos sujetos en cuyo entorno no abundan las “tentaciones criminales”.
- VII. *La remisión a los sentimientos de la comunidad impide trazar con claridad los límites del entrapment canadiense.* Aunque los dos criterios principales que delimitan esta construcción resultan bastante precisos, la posibilidad de apreciarla mediante una genérica “valoración conjunta de todas las circunstancias” difumina considerablemente sus límites. En tanto que dicha valoración genérica permite tener en cuenta todo aquello susceptible de ofender los sentimientos de la comunidad, la determinación de las actuaciones policiales que conforman un *entrapment* se torna completamente imprevisible.
- VIII. *El común denominador de todas las construcciones jurisprudenciales analizadas en este trabajo consiste en absolver al autor de un delito favorecido por un sujeto que pretendía obtener su castigo.* Aunque dicha absolución se condiciona a la concurrencia de otras circunstancias, que varían de una figura a otra, sus límites siempre se definen a partir de un elemento referido a la acción de un tercero —una contribución al delito correspondiente— y otro que alude a la finalidad perseguida

por este —lograr la represión penal del autor—. De este modo, los dos elementos mentados delimitan el marco de referencia común a las distintas construcciones jurisprudenciales examinadas en esta investigación. En consecuencia, el argumento que explique la intuición que subyace a todas ellas deberá determinar por qué y cuándo favorecer un delito para lograr el castigo de otro comporta la impunidad de su autor.

- IX. *El concepto de agente provocador constituye una herramienta metodológica idónea para plantear el problema de fundamentación y delimitación que subyace a las construcciones jurisprudenciales examinadas en este trabajo.* Dicho concepto presupone la existencia de alguien que comete un delito —el sujeto provocado— favorecido por otro —el agente provocador— que pretende obtener su represión. En tanto que los dos elementos definitorios del concepto de agente provocador representan el común denominador de todas las figuras analizadas, sus respectivos límites y fundamentos constituirán distintas respuestas a la pregunta de ¿cuándo y por qué la actuación de un agente provocador debe comportar la impunidad del sujeto provocado?
- X. *Gran parte de los desacuerdos doctrinales acerca de la responsabilidad penal del agente provocador derivan de la asunción (explícita o implícita) de conceptos distintos de agente provocador.* La respuesta a la pregunta de si el agente provocador debe responder penalmente puede variar en función de qué se entienda por agente provocador. La ausencia de un mínimo consenso a la hora de delimitar este concepto ha favorecido algunas controversias doctrinales sobre su responsabilidad que, en realidad, no traen causa de discrepancias dogmáticas, sino de haber tomado como referencia delimitaciones conceptuales diferentes. Así, algunos autores han llegado a conclusiones que se contraponían a las de otros por la simple razón de que, al partir de premisas conceptuales distintas, estaban dando solución a problemas diferentes.
- XI. *La distinción entre conceptos normativamente densos y ligeros puede ayudar a identificar algunos problemas que afectan a ciertas definiciones de agente provocador propuestas por la doctrina.* Si la noción de agente provocador se utiliza para delimitar un problema (concepto normativamente ligero), no puede incluirse en su definición una característica propia de su solución (concepto normativamente denso). Así, el agente provocador no puede ser definido como inductor —ni como coautor, cooperador necesario o cómplice— si aquello que pretende ponerse en duda

es la tipicidad de su conducta. Al fin y al cabo, los inductores, cómplices o coautores, si efectivamente pueden ser calificados como tales, siempre obran de forma típica. Tampoco puede caracterizarse al agente provocador como alguien que realiza una conducta sistemáticamente inadecuada para fundamentar el juicio de desvalor que nace del injusto. Sobre todo si posteriormente trata de cuestionarse su eventual responsabilidad penal. A fin de cuentas, resulta evidente que una conducta inadecuada para fundamentar el desvalor de un injusto no realiza dicho injusto. Por último, afirmar que agente provocador es quien incita a un delito provocado supone prejuzgar la impunidad del sujeto provocado. En consecuencia, definir de este modo al agente provocador torna tautológica la pregunta acerca de si el sujeto provocado debe permanecer impune. Después de todo, el sujeto provocado se caracterizaría por realizar una infracción que no puede ser sancionada.

XII. *Un concepto metodológicamente útil de agente provocador debe limitarse a plantear un problema.* El origen etimológico de la locución francesa *agent provocateur* no ofrece argumentos convincentes para optar por una u otra de las muchas definiciones de agente provocador propuestas por la doctrina. En este sentido, la noción de agente provocador no contiene una esencia que pueda plasmarse mejor o peor en una determinada delimitación conceptual. En tanto que su única utilidad es la de plantear un problema, la determinación de sus límites no puede desvincularse del problema que se pretende abordar. Aquí se ha definido el ámbito conceptual del agente provocador (y del sujeto provocado) a partir de los elementos comunes a las construcciones jurisprudenciales analizadas, precisamente, porque el problema que trata de solventarse deriva de la fundamentación y delimitación de estas figuras. Así, dicho problema puede formularse en los siguientes términos: ¿por qué y cuándo la actuación de un agente provocador debería comportar la impunidad del sujeto provocado?

XIII. *El concepto de agente provocador tiene una relación meramente contingente con las nociones de infiltración policial (de corta o larga duración), agente encubierto y entrega vigilada.* El agente provocador no debe ser necesariamente un policía que actúa ocultando su identidad y verdaderas intenciones (infiltración policial), ni vulnerar a través de su intervención derecho fundamental alguno (infiltración policial de larga duración), ni estar expresamente autorizado para desarrollar una determinada operación (agente encubierto o entrega vigilada). El vínculo entre el concepto de agente provocador y todos estos elementos tiene carácter contingente: pueden

concurrir en un supuesto concreto pero no caracterizan el comportamiento propio del agente provocador.

XIV. *La referencia del art. 282 bis.5 LECrim a la “provocación al delito” debe entenderse como una concreción de los requisitos de necesidad y proporcionalidad que limitan las conductas típicas del agente encubierto susceptibles de quedar justificadas.* De lo contrario, el contenido de dicha referencia sería prácticamente irrelevante (si alude al delito provocado) o político-criminalmente arbitrario (si se vincula al acto preparatorio del art. 18.1 CP). Por ello, una “*provocación al delito*” (art. 282 bis.5 LECrim) debe constituir una conducta típica innecesaria y/o desproporcionada respecto a las finalidades de la investigación que lleva a cabo el agente encubierto. Más concretamente, un hecho típico que no va dirigido a ganarse la confianza de los investigados y, de este modo, facilitar el descubrimiento de otras infracciones, sino a lograr su castigo por ese mismo hecho.

XV. *Las contribuciones al delito propias de un agente provocador resultarán atípicas cuando no favorezcan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.* Fundamentar la participación en la protección del bien jurídico atacado por el autor (teorías del favorecimiento) obliga a exigir que las conductas típicas de inducción, cooperación necesaria y complicidad, además de favorecer efectivamente la ejecución de un delito, contribuyan a lesionar o poner en peligro dicho objeto de protección. Esta exigencia se plasma en distintos requisitos típicos que, pese a no estar previstos en los arts. 28 y 29 CP, restringen el contenido de la participación en cuatro modalidades delictivas cuya ejecución puede ser favorecida sin poner en riesgo el bien jurídico protegido: tentativas, delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de peligro e infracciones que atenten contra bienes jurídicos propios. Las contribuciones de un agente provocador deberán estimarse atípicas cuando no cumplan dichos requisitos y, por ello, no afecten al bien jurídico correspondiente.

i. *El favorecimiento de una tentativa por parte del agente provocador resultará atípico cuando no obre con dolo de consumación.* Teniendo en cuenta que la tentativa realizada por el sujeto provocado debe ser peligrosa desde su perspectiva *ex ante* —pues de lo contrario no cometería delito alguno— el dolo de consumación del agente provocador solo podrá negarse cuando disponga de información adicional que torne irrelevante, desde su propio punto de vista *ex ante*, el riesgo de que la infracción se perfeccione. Es decir, cuando la tentativa sea peligrosa para el sujeto provocado

porque desconoce algo que el agente provocador sí tiene en cuenta. La mera intención de impedir posteriormente el resultado no bastará para excluir el dolo (eventual) de consumación si no se plasma en un plan realista que permita descartar racionalmente la perfección del delito. De todos modos, aunque el agente provocador obre con dolo (eventual) de consumación, la efectiva evitación del resultado podrá negar su punición en virtud del régimen de desistimiento propio de la tentativa (art. 16.3 CP).

- ii. *La contribución a la consumación de un delito “mutilado de dos actos” o “de resultado cortado” será atípica cuando no concurren en el agente provocador los correspondientes elementos subjetivos del injusto.* En esta clase de infracciones deben apreciarse los elementos subjetivos del injusto en el partícipe, pues la afectación del bien jurídico no se identifica en el momento de la consumación, sino en la realización del acto (mutilado de dos actos) o resultado (resultado cortado) cuya persecución exige el tipo. Precisamente por ello, la contribución del agente provocador resultará atípica cuando, debido a sus conocimientos adicionales, pueda descartar racionalmente que vaya a producirse el acto o resultado pretendido por el sujeto provocado al consumir el delito. Por el contrario, el agente provocador siempre actuará de modo típicamente relevante al favorecer la consumación de un delito “de tendencia interna intensificada” o de cualquier otro cuyo tipo subjetivo solamente concrete la forma de lesión típica.

- iii. *El favorecimiento de un delito de peligro abstracto será atípico cuando la conducta del sujeto provocado, pese a resultar peligrosa desde su punto de vista ex ante, no puede ser calificada como tal desde la perspectiva propia del agente provocador.* En estas infracciones el pronóstico de peligrosidad de la conducta del autor debe ser compartido por el partícipe y, por tanto, las contribuciones del agente provocador a que el sujeto provocado realice un delito (consumado) de peligro abstracto serán atípicas cuando este sea “peligroso” para el segundo y “no peligroso” para el primero. Esto último resulta especialmente relevante en las compras simuladas de drogas, pues niega la responsabilidad penal de quien, aparentando ser un mero comprador, contribuye a que alguien le venda estupefacientes para, inmediatamente, detenerlo por ello. En tanto que los actos de venta realizados por el sujeto provocado “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas” (art. 368 CP) desde su perspectiva —requisito imprescindible para que su conducta sea delictiva— pero no desde la posición del agente provocador, su favorecimiento deberá estimarse atípico. En cambio, cualquier contribución a la consumación de un

delito de peligro concreto o de peligro presunto resultará típicamente relevante. En el primer caso, la concurrencia del resultado de peligro se determina mediante toda la información cognoscible *ex ante* y, por tanto, dicho resultado no puede ser “peligroso” para un sujeto y “no peligroso” para otro. En el segundo, el peligro de una conducta se presume *iuris et de iure* y, en consecuencia, su tipicidad no depende del riesgo percibido *ex ante* por quien la realiza o la favorece. En tanto que dicha conducta se presuma peligrosa para el sujeto provocado, también lo será para el agente provocador.

iv. *La contribución del agente provocador a un delito que atente contra bienes jurídicos de su titularidad resultará, en todo caso, atípica.* En tanto que nadie puede atacar sus propios bienes jurídicos de forma jurídico-penalmente relevante, cualquier favorecimiento de una infracción que los lesione o ponga peligro será necesariamente atípica. De todas formas, en la mayoría de supuestos, la contribución del agente provocador a un delito de estas características impedirá su consumación, pues el favorecimiento de una infracción que afecta a bienes jurídicos propios presupone su consentimiento. Si dicho consentimiento, de haber sido conocido por el sujeto provocado, determinaría la atipicidad de su conducta, el delito realizado nunca alcanzará la consumación. En este sentido, el agente provocador solo podrá favorecer atípicamente la consumación de un delito que atente contra bienes jurídicos propios cuando estos sean indisponibles (vida, integridad física, indemnidad sexual, etc.).

XVI. *Las contribuciones típicas de un agente provocador solo podrán quedar justificadas cuando hayan sido realizadas por un agente encubierto.* Teniendo en cuenta que la actuación del agente provocador no puede ampararse en el estado de necesidad (art. 20.5° CP), su responsabilidad deberá abarcar todas las contribuciones típicamente relevantes que no cumplan los requisitos del art. 282 bis LECrim. Es decir, todas aquellas que no hayan sido realizadas por un agente encubierto. En cualquier caso, la justificación de dichas actuaciones quedará condicionada a su necesidad y proporcionalidad respecto a los fines de la investigación (art. 282 bis.5 LECrim) o, en el caso del agente encubierto informático, a su expresa autorización por un órgano judicial (art. 282 bis.6 LECrim).

XVII. *Cada uno de los argumentos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia para fundamentar la impunidad del sujeto provocado comporta una delimitación distinta de su contenido.* En tanto que dichos argumentos responden de un modo diferente a

la cuestión de ¿por qué el sujeto provocado debería permanecer impune?, también contestan de forma diversa a la pregunta de ¿cuándo el sujeto provocado debería permanecer impune? Al fin y al cabo, lo primero (el porqué) determina lo segundo (el cuándo). Si el fundamento de la impunidad varía entre un argumento y otro, sus límites no podrán coincidir.

XVIII. *La actuación propia del agente provocador no puede cuestionar la antijuridicidad de la conducta del sujeto provocado.* Por un lado, las incitaciones del agente provocador, por muy persistentes o persuasivas que sean, no ponen en duda que el sujeto provocado actúe voluntariamente al cometer el correspondiente delito. Después de todo, ni la espontaneidad de la resolución delictiva constituye un requisito típico, ni la existencia de una gran tentación puede justificar su conducta. Por otra parte, el hecho de que el comportamiento del sujeto provocado no resulte peligroso desde la perspectiva *ex ante* del agente provocador solo tiene trascendencia para negar la responsabilidad de este último, pero no la del primero. A fin de cuentas, la peligrosidad que determina la tipicidad de una conducta depende de un juicio *ex ante* realizado a partir de los conocimientos del sujeto activo (y no de todo lo cognoscible en ese momento).

XIX. *La impunidad del sujeto provocado no puede fundamentarse en que previsiblemente no hubiera cometido delito alguno sin la intervención del agente provocador, pues la utilidad de la pena no deriva exclusivamente de sus (eventuales) efectos preventivo-especiales.* Por mucho que la actuación del agente provocador ponga de manifiesto que, de no ser por él, el sujeto provocado nunca habría delinquido, la necesidad de castigarlo no desaparecerá por esta razón. Al contrario de lo que ocurre con las medidas de seguridad, la utilidad de dicho castigo no se agota en sus efectos preventivo-especiales. La pena también persigue finalidades preventivo-generales y, desde este punto vista, castigar a un sujeto “no peligroso” que ha cometido un delito resulta útil y necesario.

XX. *La disuasión de provocaciones estatales ineficientes o susceptibles de dañar la reputación de los poderes públicos no puede fundamentar la impunidad del sujeto provocado.* Los jueces no pueden condicionar una condena penal a la eficiencia de la actuación policial que la ha posibilitado o a la percepción que tenga la sociedad sobre ella. Además, absolver al sujeto provocado no es la mejor manera de prevenir provocaciones estatales ineficientes o contrarias a los estándares morales de la

comunidad, pues dicho objetivo podría lograrse más fácilmente sancionando al funcionario que las lleva a cabo. Tampoco resulta sencillo determinar qué clase de provocaciones suponen un desperdicio de recursos públicos o perjudican la imagen del Estado, dado que ambas cuestiones dependen de un número muy elevado de factores.

XXI. *La provocación de un delito, por sí misma, no vulnera derecho fundamental alguno y, por tanto, no resulta factible fundamentar la impunidad del sujeto provocado en la nulidad de las pruebas que acreditan su comisión.* En primer lugar, la actuación de un agente provocador no puede ser reconducida a aquello que la Constitución denomina “la informática” (art. 18.4 CE) y, en consecuencia, el derecho a la autodeterminación informativa del sujeto provocado no es susceptible de ser restringido por ella. Al fin y al cabo, debido a su anclaje constitucional, el contenido de este derecho no puede verse afectado por una intervención ajena al ámbito del tratamiento automatizado de datos. En segundo término, la conducta del agente provocador tampoco afecta al derecho a la intimidad del sujeto provocado (art. 18.1 CE), pues la única información que deriva directamente de ella va referida a la ejecución de un hecho delictivo. Teniendo en cuenta que el delito no pertenece a la esfera íntima de su autor —pues este no tiene derecho a excluirlo del conocimiento ajeno— su descubrimiento a través de una provocación nunca podrá vulnerar la intimidad del sujeto provocado. En tercer lugar, la provocación estatal de un delito mediante engaño no afecta al derecho del sujeto provocado a no autoincriminarse. En tanto que el TC ha circunscrito el ámbito de este derecho a la emisión de declaraciones o manifestaciones de voluntad, la comisión de un delito no puede entenderse comprendida en él. Después de todo, un “hecho delictivo” no constituye una “declaración sobre un hecho delictivo” y, en última instancia, la actuación propia de un agente provocador solamente puede lograr lo primero. Además, los únicos engaños policiales susceptibles de vulnerar el derecho a la no autoincriminación son aquellos que sitúan a su titular en una posición que lo compela a inculparse. Habida cuenta que una provocación estatal engañosa no compele al sujeto provocado a delinquir —pues este desconoce que se encuentra ante un policía y, por tanto, no cree erróneamente que tenga obligación de hacerlo— su derecho a la no autoincriminación permanecerá, en todo caso, incólume. Finalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad no constituyen derechos fundamentales y, por ello, su eventual afectación a través de una provocación nunca

podría comportar la nulidad de las pruebas que acreditan la conducta delictiva del sujeto provocado.

XXII. *La impunidad del sujeto provocado se fundamenta en que el Estado carece de legitimidad para castigar un delito favorecido voluntaria e injustificadamente por un funcionario que lo representa.* Tanto el Tribunal Supremo español como una parte de la doctrina y la jurisprudencia extranjera han tratado de fundamentar la impunidad del sujeto provocado en la contradicción que supondría para el Estado castigar una infracción provocada por sus propias autoridades. No obstante, la razón por la que esto último sería contradictorio e ilegítimo no resulta evidente. La referencia a la doctrina de los actos propios —plasmada en el *venire contra factum*, la *Verwirkung* o el *estoppel*— es insuficiente para fundamentar y delimitar con una mínima claridad la impunidad del sujeto provocado. Sin embargo, la idea que subyace a dicha referencia puede ser explicada con el apoyo del arsenal teórico desarrollado por la filosofía moral al analizar las condiciones que debe reunir un sujeto para reprochar legítimamente una conducta reprochable. A estos efectos, resulta particularmente ilustrativa la noción de que un reproche presupone en quien lo formula la voluntad de que la conducta reprochada no se hubiera llevado a cabo. Quien favorece voluntaria e injustificadamente un comportamiento no puede sostener de forma coherente dicha voluntad y, en consecuencia, tampoco puede dirigir legítimamente una censura contra el mismo. Por ello, si la pena se entiende, en alguna medida, como la expresión de un reproche, el Estado incurrirá en contradicción al castigar un delito cuyo favorecimiento (voluntario e injustificado) puede serle imputado. A fin de cuentas, dicho favorecimiento resultaría incompatible con la voluntad de que el delito no se hubiera llevado a cabo y, por tanto, con la expresión de censura o desaprobación mediante la pena. En tanto que, en estos casos, el Estado no puede formular un reproche coherente con sus propios actos, su legitimidad para castigar el delito en cuestión se verá menoscabada. Precisamente, la imposibilidad de sancionar legítimamente las conductas delictivas favorecidas de forma voluntaria e injustificada por los propios representantes del Estado constituye, en última instancia, el fundamento de la impunidad del sujeto provocado. De acuerdo con él, los supuestos en que el sujeto provocado no debe ser castigado quedan delimitados mediante tres elementos: 1) la provocación de un delito; 2) su imputación al Estado; 3) la falta de justificación de dicha provocación.

- i. *El elemento de la provocación circunscribe la impunidad del sujeto provocado a las conductas que hayan sido efectivamente favorecidas de manera voluntaria por un agente provocador.* Por una cuestión de coherencia axiológica, el grado de favorecimiento necesario para apreciar este elemento debe asimilarse al propio de las conductas de participación sancionadas con la misma pena que la autoría: la inducción y la cooperación necesaria. De esta forma, la concurrencia del elemento de la provocación no depende de la peligrosidad del sujeto provocado o de si este ha tomado la iniciativa delictiva. Ni la peligrosidad del autor ni su iniciativa delictiva excluyen la posibilidad de que alguien responda (al menos) como cooperador necesario de un delito y, por tanto, ni lo uno ni lo otro impedirán apreciar el elemento de la provocación. En todo caso, dicho elemento nunca abarcará los delitos descubiertos mediante la infracción provocada. En tanto que la comisión de dichos delitos no haya sido favorecida por el agente provocador sino que, simplemente, haya quedado puesta de manifiesto, el sujeto provocado podrá ser legítimamente sancionado por ellos. Después de todo, al no haber contribuido a su ejecución, el Estado podrá expresar la voluntad de que no se hubieran llevado a cabo sin incurrir en contradicción. Por ello, aunque la infracción provocada no pueda ser reprochada, el sujeto provocado deberá responder penalmente por todos los delitos que hayan salido a luz a través de ella. Del mismo modo, también podrá ser legítimamente castigado por los excesos que no resulten imputables a la provocación. En este sentido, si entre la actuación del agente provocador y el tipo realizado por el sujeto provocado no media una relación de favorecimiento voluntario, el delito en cuestión no quedará abarcado por el elemento de la provocación. En consecuencia, por mucho que la provocación haya sido causa —en el sentido de la *condicio sine qua non*— de dicho delito, el sujeto provocado deberá ser sancionado por él cuando su favorecimiento por parte del agente provocador no pueda ser calificado como voluntario.

- ii. *El elemento de la imputación al Estado limita las provocaciones que comportan la impunidad del sujeto provocado a aquellas que hayan sido realizadas por funcionarios públicos y, además, no resulten típicamente antijurídicas.* La impunidad del sujeto provocado depende de que su provocación pueda ser atribuida al mismo ente que, mediante la pena, debe formular el reproche: el Estado. Si la provocación y el castigo provienen de sujetos distintos, ni el uno ni el otro incurrirán en contradicción. Precisamente por ello, las provocaciones realizadas por particulares nunca comportarán la impunidad del sujeto provocado, pues el Estado no incurrirá en contradicción alguna al castigar una conducta favorecida voluntariamente por otro

sujeto distinto. Las únicas provocaciones que podrán conllevar su impunidad serán las realizadas por funcionarios públicos o, al menos, personas que actúan siguiendo sus instrucciones. No obstante, incluso en estos supuestos, las provocaciones típicamente antijurídicas no resultarán imputables al Estado y, por tanto, tampoco comportarán la impunidad del sujeto provocado. Aunque dichas provocaciones sean efectuadas por funcionarios públicos, en tanto que se encuentran prohibidas por el propio Estado, no serán atribuibles a él. Si el Estado trata de impedir que sus agentes lleven a cabo determinadas provocaciones a través de su prohibición, en el momento de reprochar la conducta del sujeto provocado podrá sostener, sin incurrir en contradicción, su voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo. Dicha voluntad solo podrá cuestionarse cuando la provocación del funcionario goce de su consentimiento, precisamente, por no encontrarse expresamente prohibida. En caso contrario, el Estado podrá desvincularse de la actuación del funcionario en cuestión y, de este modo, castigar legítimamente al sujeto provocado. Por ello, la antijuridicidad de una provocación impedirá la absolución del sujeto provocado. Así, en última instancia, los límites de la responsabilidad del agente provocador definirán, a modo de espejo, el ámbito que abarca la impunidad del sujeto provocado. Teniendo en cuenta que el agente provocador debe responder penalmente por todas las contribuciones al delito que afecten al bien jurídico protegido —con la excepción de aquellas autorizadas por el art. 282 bis LECrim— la impunidad del sujeto provocado quedará condicionada a que su conducta no ponga en riesgo dicho objeto de protección desde la perspectiva del agente provocador.

- iii. *El elemento de la falta de justificación restringe las provocaciones imputables al Estado que conllevan la impunidad del sujeto provocado a aquellas que no se encuentren justificadas.* En tanto que una determinada justificación torne compatible el favorecimiento voluntario de una conducta con su censura, el Estado podrá castigar legítimamente las infracciones que él mismo ha provocado. En este sentido, la voluntad que presupone el reproche en quien lo formula (el Estado) de que la conducta censurada (el delito) no se hubiera llevado a cabo resulta conciliable con su provocación cuando esta persigue un objetivo legítimo de mayor importancia. Precisamente por ello, las provocaciones típicas de un agente encubierto que se encuentren amparadas por el art. 282 bis LECrim deberán comportar el castigo del sujeto provocado aunque el primero no responda penalmente. Del mismo modo, las eventuales provocaciones atípicas derivadas de una entrega vigilada (art. 263 bis LECrim) también harán lo propio a pesar de que el bien jurídico protegido no haya

sido puesto en peligro desde la perspectiva de los funcionarios autorizados para realizarla.

XXIII. *El anclaje positivo de la impunidad del sujeto provocado debe identificarse en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Aunque el contenido de este derecho es incapaz de explicar por sí mismo por qué y cuándo el sujeto provocado debería ser absuelto, su reconocimiento constitucional puede operar como respaldo normativo de una exigencia de coherencia (o integridad) que niegue la legitimidad del Estado a la hora de reprochar penalmente una conducta favorecida voluntaria e injustificadamente por sus propios representantes. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TEDH obliga a entender que el castigo derivado de determinadas provocaciones estatales es incompatible con las garantías del debido proceso (art. 10.2 CE), concebir la fundamentación y delimitación propuesta en este trabajo como una explicación de por qué y cuándo se produce dicha incompatibilidad resulta lo más ajustado a nuestro derecho positivo. Ello comporta que, en última instancia, las provocaciones (imputables e injustificadas) que determinan la impunidad del sujeto provocado deban ubicarse sistemáticamente en la categoría de los impedimentos procesales.*

Las conclusiones de este trabajo permiten afirmar que, en el relato familiar expuesto al inicio, el castigo del padre produce rechazo porque su contribución al incumplimiento del hijo resulta incompatible con una expresión sincera de censura o desaprobación. Al reprochar el comportamiento de su hijo, el padre está diciendo implícitamente “no quería que jugaras a la consola” y, sin embargo, el hecho de dejarla encendida con su juego favorito desmiente dicha voluntad. Aunque el hijo haya hecho algo reprobable, el padre no se encuentra en posición para castigarlo porque, al hacerlo, el disgusto que manifestaría sería meramente fingido. En cambio, la madre sí que puede realizar legítimamente esa censura, pues su disconformidad con la conducta del padre —que se hace explícita al romperle las entradas— pone de relieve que ella no quería que el hijo jugara a la consola. Dicha disconformidad la desvincula de la contribución efectuada por su marido al incumplimiento del hijo y, por ello, le permite expresar de forma sincera un reproche mediante su castigo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, "*Actio libera in causa*" dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2005.

———, "La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 693-718.

ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, Comares, Granada, 2000.

ALLEN/LUTTRELL/KREEGER, "Clarifying Entrapment", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 89, núm. 2, 1999, págs. 407-432.

ALONSO PÉREZ, "Circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas", *LL*, núm. 7, 2000, págs. 1249-1253.

ALTMAN/LEE, "Legal Entrapment", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 1, 1983, págs. 51-69.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Dykinson, Madrid, 2007.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, "Límites del derecho de la persona a no declararse culpable", *CPC*, núm. 75, 2001, págs. 683-692.

ÁLVAREZ VIZCAYA, "El desistimiento idóneo fracasado", *ADPCP*, núm. 49, 1996, págs. 875-908.

AMBOS, "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán: fundamentación teórica y sistematización", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 7, 2009.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, vol. 2, The Institute, Philadelphia, 1980.

ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.

ARMENTA DEU, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ASHWORTH, "What is Wrong with Entrapment?", *Singapore Journal of Legal Studies*, 1999, págs. 293-317.

———, "Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice", *The Modern Law Review*, vol. 63, núm. 5, 2000, págs. 633-659.

———, “Entrapment and Criminal Justice”, Oxford University Commonwealth Law Journal, vol. 2, núm. 1, 2002, págs. 125-131.

———, “Redrawing the boundaries of entrapment”, Criminal Law Review, núm. 3, 2002, págs. 161-179.

ATIENZA RODRÍGUEZ/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

BACIGALUPO ZAPATER, “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 461-546.

BAGES SANTACANA, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, ADPCP, núm. 32, 1979, págs. 491-500.

BALDÓ LAVILLA, “Algunos aspectos conceptuales de la inducción”, ADPCP, núm. 42, 1989, págs. 1091-1127.

———, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994.

BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, CDP, núm. 10, 2000, págs. 179-202.

BEADE/LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?: un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, Isonomía, núm. 47, 2017, págs. 135-164.

BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 1764, trad. DE LAS CASAS, Altaya, Barcelona, 1994.

BEKZADIAN, *Der Agent-Provocateur (Lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provokation in Russland*, Diss., Zürich, 1913.

BENDA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., 1994, trad. LÓPEZ PINA, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 117-144.

BENNET, “From Sorrells to Jacobson: Reflections on Six Decades of Entrapment Law, and Related Defenses, in Federal Court”, Wake Forest Law Review, vol. 27, núm. 4, 1992, págs. 829-870.

BERZ, “Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung - BGH, NJW 1981, 1626“, JuS, núm 6, 1982, págs. 416-421.

BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, 11ª ed., Cedam, Padova, 1982.

BITZILEKIS, “Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat“, ZStW, núm. 99, 1987, págs. 723-750.

BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, Comares, Granada, 2001.

———, “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, Indret, núm. 3, 2015.

BLANK, *Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom Agent Provocateur gesteuerten Tat*, Diss., Mainz, 1987.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995.

BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BORJA JIMÉNEZ, “La terminación del delito”, ADPCP, núm. 48, 1995, págs. 89-186.

BRAUM, “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario“, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 3-24.

BRONIT, “Sang is Dead, Loosely Speaking”, Singapore Journal of Legal Studies, 2002, págs. 374-387.

BRUNS, “Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiges Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel“, NStZ, núm. 2, 1983, págs. 49-57.

BUENO DE MATA, “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?”, en *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 311-330.

BUSTOS RUBIO, “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: naturaleza y fundamento”, RECPC, núm. 19, 2017.

CÁMARA VILLAR, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Manual de Derecho constitucional*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 302-329.

CARDENAL MONTRAVETA, “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?”, *RECPC*, núm. 17, 2015.

———, “Función de la pena y suspensión de su ejecución”, *Indret*, núm. 4, 2015.

———, “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”, *EPC*, núm. 37, 2017, págs. 179-247.

CARDOSO PEREIRA, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, 2ª ed., Juruá, Lisboa, 2016.

CARLON, “Entrapment, Punishment, and the Sadistic State”, *Virginia Law Review*, vol. 93, núm. 4, 2007, págs. 1081-1134.

CARLSON, “The Act Requirement and the Foundations of the Entrapment Defense”, *Virginia Law Review*, vol. 73, núm. 6, 1987, págs. 1011-1108.

CARMONA SALGADO, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 165-197.

CARMONA SALGADO/MARTÍNEZ RUIZ, “De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre”, *LL*, núm. 4, 1998, págs. 1521-1528.

CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet: El guardián al otro lado del espejo”, *CGC*, núm. 56, 2018, págs. 23-40.

CARPIO BRIZ, *Non bis in ídem: un derecho fundamental del ius puniendi español frente a la superposición de sanciones administrativas y penales*, Tesis, Universitat de Barcelona, 2011.

———, “La configuración administrativa del delito de conducción sin licencia”, *RDPC*, núm. 18, 2017, págs. 397-415.

CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.

CARRASCO ANDRINO/ÁLVAREZ GARCÍA, “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, RECPC, núm. 20, 2018.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 2, 2017, págs. 511-536.

CASTELLVÍ MONSERRAT, “El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción», en *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 341-356.

———, *El delito provocado: límites y fundamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

———, “Algunos problemas aplicativos del decomiso ampliado y el decomiso sin condena”, LLP, núm. 133, 2018.

———, “Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *Indret*, núm. 1, 2019.

CEREZO MIR, “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, ADPCP, núm. 2, 1987, págs. 273-300.

———, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, RDPC, núm. 10, 2002, págs. 47-72.

CHAU, “Excluding Integrity? Revisiting Non-Consequentialist Justifications for Excluding Improperly Obtained Evidence in Criminal Trials”, en *The Integrity of Criminal Process*, Hart Publishing, Oxford, 2016, págs. 267-279.

CHIESA, “Más allá de la tortura: el principio nemo tenetur en casos límite”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 43, núm. 1, 2008, págs. 97-120.

CHIESA APONTE/GRANADOS PEÑA, “Texto en español de la Parte general del C.P.M.”, ADPCP, núm. 1, 1993, págs. 223-288.

CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2009.

CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

CID MOLINÉ, “¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena”, RDPC, núm. 19, 2007, págs. 427-456.

CIGÜELA SOLA, “Aproximación a una dogmática de la exclusión social”, RDPC, núm. 17, 2017, págs. 13-46.

———, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, Indret, núm. 2, 2017.

———, *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COCA VILA, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, RECPC, núm. 19, 2017.

G. A. COHEN, “Tirar la primera piedra: ¿quién puede y quién no puede condenar a los terroristas?”, Derechos y libertades, núm. 17, 2007, págs. 89-113.

CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ariel, Barcelona, 1978.

CORTEZ FÉBRES/FERNÁNDEZ MUÑOZ, “Nuevas Técnicas de Investigación ante las nuevas formas de Criminalidad Organizada”, Revista Derecho & Sociedad, núm. 15, 2000, págs. 258-256.

COSTINETT, “In a puff of smoke: Drug Crime and the Perils of Subjective Entrapment”, American Criminal Law Review, vol. 48, núm.4, 2011, págs. 1757-1788.

CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

DANN, *Staatliche Tatprovokation im deutschen, englischen und schottischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005.

VON DANWITZ, “Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität“, StV, núm. 8, 1995, págs. 431-437.

———, *Staatliche Straftatbeteiligung*, Kovac, Hamburg, 2005.

DARÍO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada: notas desde el derecho penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una interna y supranacional”, en *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, págs. 145-176.

DEI, “Economics, Causation, and the Entrapment Defense”, *University of Illinois Law Review*, núm. 5, 2001, págs. 1207-1246.

DEITERS, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, *JuS*, núm. 4, 2006, págs. 302-305.

DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, *Actualidad penal*, núm. 1, 2000, págs. 1-28.

———, “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *LL*, núm. 5, 2000, págs. 1853-1868.

———, *La criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2001.

DENCKER, “Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“, en *Festschrift für Hanns Dünnebier*, Walter de Gruyter, Berlin, 1982, págs. 447-464.

DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *JPD*, núm. 43, 2002, págs. 37-49.

DÍAZ REVORIO, “Tribunal Constitucional y creación de derechos no escritos”, en *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 231-260.

———, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, págs. 159-175.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

———, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, núm. 88, 2009, págs. 93-134.

DÍEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *CPC*, núm. 30, 1986, págs. 603-660.

DÍEZ SASTRE, “La doctrina de los actos propios en el Derecho administrativo”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, págs. 31-81.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24: Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1996, págs. 19-124.

———, “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, págs. 209-232.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 12^a ed., Tecnos, Madrid, 2017.

DILLOF, “Unraveling Unlawful Entrapment”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 94, núm. 4, 2004, págs. 827-896.

DIMOCK, “Actio Libera in Causa”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, págs. 549–569.

DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, BdeF, Buenos Aires, 2013.

DOPFFEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent provocateur*, Kohlhammer, Stuttgart, 1899.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DRESSLER/THOMAS, *Criminal Procedure*, West, Saint Paul, 2013.

DRIPPS, “Against Police Interrogation and the Privilege against Self-Incrimination”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 78, núm. 4, 1988, págs. 699-734.

DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1987.

DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio*, vol. 23, núm. 2, págs. 123-140.

DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

———, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

———, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

———, “Responsibility and Reciprocity”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 21, núm. 4, 2018, págs. 775-787.

———, “Moral and Criminal Responsibility: Answering and Refusing to Answer”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3055111>, 2019.

DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial. Volume 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Hart, Oxford, 2007.

DUUS-OTTERSTRÖM/KELLY, “Injustice and the right to punish”, *Philosophy Compass*, vol. 14, núm. 2, 2019.

G. DWORKIN, “The serpent beguiled me and I did eat: Entrapment and the creation of crime”, *Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 1985, págs. 17–39.

———, “Morally speaking”, en *Reasoning Practically*, Oxford University Press, Oxford, 2000, págs. 182-188.

EIDAM, “Rechtsstatswidrige Tatprovokation“, *StV*, núm. 3, 2016, 129-132.

———, “Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur“, en *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2017, págs. 773-783.

ELBAZ, “The Troubling Entrapment Defense: How about an Economic Approach?”, *American Criminal Law Review*, núm. 36, 1999, págs. 117-143.

ENGEN, “Communication, Expression, and the Justification of Punishment”, *Athens Journal of Humanities and Arts*, vol. 1, núm. 4, 2014, págs. 299-308.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

———, “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 27, núm. 57, 2011, págs. 72-107.

———, “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”, *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, núm. 10, 2016.

ESSER, “Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem”, *GA*, 1958, págs. 321-333.

EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, *Law and Philosophy*, vol. 37, núm. 1, 2018, págs. 29-68.

EXPÓSITO LÓPEZ, “El agente encubierto”, *RDUNED*, núm. 17, 2015, págs. 251-286.

EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional*, Diké, Medellín, 2008.

FABIÁN CAPARRÓS, “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 81/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, *ADPCP*, núm. 46, 1993, págs. 585-628.

FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, EDERSA, Madrid, 1986.

FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FARRÉ TREPAT, *La Tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.

FEINBERG, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970.

———, *Problems at the Roots of Law*, Oxford University Press, New York, 2003.

FELIP I SABORIT, *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

———, “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)”, en *Seguridad Vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 179-206.

———, “El error de prohibición: especial consideración de las conductas relacionadas con los clubes cannábicos”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017, págs. 1071-1081.

FERNÁNDEZ BERMEJO, “Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y drogas”, *AFDUA*, núm. 9, 2016, págs. 119-154.

FERZAN, “Provocateurs”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, págs. 597–622.

FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959.

FISCHER, *Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels*, Diss., Bonn, 1982.

FISCHER/MAUL, “Tatprovocierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme“, *NStZ*, núm. 1, 1992, págs. 7-13.

FOTH, “Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?“, *NJW*, núm. 5, 1984, págs. 221-222.

FRAMPTON, “Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, núm. 1, 2013, págs. 111-146.

FRANZHEIM, “Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern“, *NJW*, núm. 40, 1979, págs. 2014-2019.

FRISTER, *Derecho penal Parte general*, 4ª ed., 2009, trad. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

FUENTES OSORIO, “Formas de anticipación de la tutela penal”, *RECPC*, núm. 8, 2006.

GALÁN JUÁREZ, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ramón Areces, Madrid, 2005.

GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 4, 1987, págs. 161-188.

GARCÍA ARÁN, “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol”, *RJC*, vol. 86, núm. 3, 1987, págs. 627-648.

GARCÍA DE ENTERRÍA, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, *RAP*, núm. 20, 1956, págs. 69-80.

GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA SÁNCHEZ, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal”, *Letras jurídicas*, núm. 20, 2009, págs. 35-57.

GARCÍA VALDÉS, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas”, en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993, págs. 555-576.

———, *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Tecnos, Madrid, 1995.

GARCÍAS PLANAS, “Consideraciones en torno al agente provocador”, *CPC*, núm. 17, 1982, págs. 377-384.

GARGARELLA, “Cuatro temas y cuatro continuaciones posibles para la teoría penal de Carlos Nino”, *Quaestio Iuris*, vol. 6, núm. 2, 2013, págs. 98-118.

GARLAND, “The Criminal And His Science: A Critical Account of the Formulation of Criminology at the End of the Nineteenth century”, *The British Journal of Criminology*, vol. 25, núm. 2, 1985, págs. 109-137.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada, 2001.

GAVILÁN RUBIO, “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, *LLP*, núm. 109, 2014.

GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, Editorial Complutense, Madrid, 1995.

GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *RDPC*, núm. 6, 2000, págs. 103-138.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2006.

GIMENO SENDRA, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, *LL*, núm. 4, 1984, págs. 1102-1110.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, *LL*, núm. 5, 2004, págs. 1531-1538.

GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos”, RPJ, núm. 66, 2002, págs. 143-211.

GÓMEZ NAVAJAS, “La protección de los datos personales en el Código Penal español”, RJCL, núm. 16, 2008, págs. 325-373.

GÓMEZ ORFANEL, “La dignidad de la persona en la Grundgesetz”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 53-79.

GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GONZÁLEZ LÓPEZ, “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”, RJCL, núm. 40, 2016, págs. 28-60.

GÖRGENS, *Der Lockspitzeinsatz im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Diss., Bonn, 2006.

GÖTTING, *Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit: durch V-Leute, Scheinaufkäufer und Privatleute*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.

GOTTSCHALK, “Verfahrenshindernis bei Tatprovokation durch Lockspitzel? Staatliche Tatprovokationen im Lichte der Rechtsprechung des EGMR“, StudZR, núm. 1, 2013, págs. 49-82.

GRECO, “Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht?”, StraFo, núm. 2, 2010, págs. 52-58.

GRIMALT SERVERA, “El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales”, en *X años de encuentros sobre informática y derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 151-172.

GUARIGLIA, “El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, JPD, núm. 23, 1994, págs. 49-60.

GUASTINI, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, núm. 31, 2008, págs. 143-156.

GUEDES VALENTE, “La investigación del crimen organizado: entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones”, en *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, págs. 177-195.

GUERRERO PALOMARES, “Exigencias del juicio justo en el enjuiciamiento del delito provocado por agente encubierto: STEDH Patrascu vs. Rumanía, de 14 de febrero de 2017”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Sepin, Madrid, 2018, págs. 783-789.

GUERRERO PICÓ, *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

GUINARTE CABADA, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, CPC, núm. 55, 1995, págs. 5-42.

GÜNTHER, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2002, págs. 205-220.

———, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

GUZMÁN DALBORA, “El delito experimental”, RDPC, núm. 19, 2007, págs. 289-308.

GUZMÁN FLUJA, “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Madrid, 2006, págs. 199-225.

HASSEMER, “Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege - ein neuer Rechtsbegriff?“, StV, núm. 5, 1982, págs. 275-280.

HAY, “Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment”, *Missouri Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2005, págs. 387-431.

HEGHMANN, “Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung“, GA, 2000, págs. 473-489.

HERZBERG, “Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB)“, JuS, núm. 10, 1983, págs. 737-749.

HERZOG, “Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung“, NStZ, núm. 4, 1985, págs. 153-158.

HETZER, “V-Mann-Einsatz im Niemandsland?“, *Kriminalistik*, núm. 11, 2001, págs. 690-699.

HILL/MCLEOD/TANYI, “The Concept of Entrapment”, *Criminal Law and Philosophy*, 2017.

———, “What is the Incoherence Objection to Legal Entrapment?”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=33376>, 2019.

VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1985.

———, “La tolerancia como mediating principle”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 163-176.

VON HIRSCH/SEELMAN/WOHLERS, “Qué son los «mediating principles»?”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 55-61.

HO, “State entrapment”, *Legal Studies*, vol. 31, núm. 1, 2011, págs. 71-95.

HOLROYD, “Punishment and Justice”, *Social Theory and Practice*, vol. 36, núm. 1, 2010, págs. 78-111.

HOWARD, “Moral Subversion and Structural Entrapment”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 24, núm. 1, 2016, págs. 24-46.

HUGHES, “What is wrong with entrapment?”, *The Southern Journal of Philosophy*, núm. 42, 2004, págs. 45-60.

IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999.

JÄGER, “Schon wieder polizeilich initiiertes Tatendrang“, *JA*, núm. 4, 2016, págs. 308-311.

JAKOBS, *Derecho penal Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1991, trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAVATO MARTÍN, *El delito de atentado: modelos legislativos, estudio histórico-dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5ª ed., 1996, trad. OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, núm. 20, 1987, págs. 35-82.

- JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. V, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1956.
- JORDAN, “The Odd Couple: Reid Interviews & Miranda Custody”, *Arkansas Law Review*, núm. 69, págs. 143-162.
- JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en derecho penal: (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona, 1992.
- , *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999.
- JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1797, trad. CORTINA ORTS/CONILL SANCHO, Tecnos, Madrid, 2008.
- KARGE, *Der agent provocateur*, Diss., Frankfurt am Main, 1969.
- KATZ, *Bad Acts and Guilty Minds*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.
- , “Entrapment Through the Lens of the Actio Libera”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, 2013, págs. 587–595.
- KATZORKE, *Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989.
- KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- KINDHÄUSER, “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, págs. 211-231.
- , “Personalidad, culpabilidad y retribución: de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, págs. 3-28.
- KING, “Manipulation Arguments and the Standing to Blame”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 2015, págs. 1-20.

KINZIG, “Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?“, StV, núm. 5, 1999, págs. 288-292.

KÖNNECKE, *Die Strafbarkeit verdeckter Ermittler im Hinblick auf einsatzbedingte Straftaten*, Leipziger Univ.-Verl, Leipzig, 2001.

KORN, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

KÖRNER, “Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen“, StV, núm. 8, 1982, págs. 382-386.

———, “Die Tatprovokation in Betäubungsmittelsachen“, Kriminalistik, núm. 2, 2002, págs. 449-456.

KREUZER, “Die Lockspitzelfalle“, en *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2003, págs. 225-248.

KREY, “Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität“, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, págs. 595-610.

KÜPER, “Der agent provocateur im Strafrecht“, GA, 1974, págs. 321-335.

LAFONT NICUESA, “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal“, LL, núm. 8580, 2015.

LAGUNA PLATERO, “La percepción de la corrupción, factor mediatizante de la democracia“, OBETS: Revista de Ciencias Sociales, vol. 8, núm. 1, 2013, págs. 79-98.

LESCH, “Tatprovokation durch eine V-Person als Verstoß gegen Grundsatz des fairen Verfahrens“, JA, núm. 6, 2000, págs. 450-454.

LESS, “Der Unrechtscharakter der Anstiftung“, ZStW, núm. 1, 1957, págs. 43-58.

LEVANON, “The Law of Police Entrapment: Critical Evaluation and Policy Analysis“, Criminal Law Forum, vol. 27, núm. 1, págs. 35-73.

LIEBERWIRTH, *Die provozierte Tat - ein untauglicher Versuch?*, Diss., Freiburg, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El agente encubierto“, LL, núm. 2, 1999, págs. 1954-1957.

———, “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 587-626.

LÓPEZ GARCÍA, “Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?”, LL, núm. 4, 2003, págs. 1504-1506.

LÓPEZ MESA/ROGEL VIDE, *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005.

LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad Organizada: Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.

LÓPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, *Cuadernos de derecho judicial: Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 275-308.

———, “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal”, en *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 261-332.

LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LORCA, “Pobreza y Responsabilidad Penal”, en *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012, págs. 173-204.

LORD, “Entrapment and due process: moving toward a dual system of defenses”, *Florida State University Law Review*, vol. 25, núm. 3, 1998, págs. 463-518.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967.

———, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?“, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Paul Siebeck, Tübingen, 1974, págs. 349-371.

———, “Die V-Leute-Problematik oder: Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?“, *Jura*, núm. 3, 1985, págs. 113-127.

———, “Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?” en *V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, págs. 1-55.

LUNA RODRÍGUEZ, *El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, Tesis, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo: síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal*, Hispano Europea, Barcelona, 1964.

LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2002.

MAAB, “Die Behandlung des agent provocateur im Strafrecht”, *Jura*, núm. 10, 1981, págs. 514-520.

MACHE, *Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozess*, Haag Herchen, Frankfurt am Main, 1984.

MACNAMARA, “Holding others responsible”, *Philosophical Studies*, vol. 152, núm. 1, 2011, págs. 81-102.

MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Giappichelli, Turín, 1970.

MALUGA, *Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute*, VWF, Berlin, 2006.

MAÑALICH RAFFO, “Pena y ciudadanía”, *REJ*, núm. 6, 2005, págs. 63-83.

———, “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, núm. 83, 2007, págs. 75-120.

———, “Responsabilidad, autoridad y democracia: una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff”, *Discusiones*, núm. 17, 2016, págs. 167-219.

MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 5 ed., UTET, Torino, 1986.

MAQUEDA ABREU, “El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del código penal”, *CPC*, núm. 21, 1983, págs. 699-718.

———, “Exigibilidad y derecho a no declararse culpable”, *ADPCP*, núm. 44, 1991, págs. 25-44.

MARAVÉR GÓMEZ, “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, *Indret*, núm. 2, 2019.

MARCUS, “The Development of Entrapment Law”, *The Wayne Law Review*, vol. 33, núm. 1, 1986, págs. 5-37.

———, “Presenting, Back From the [Almost] Dead, the Entrapment Defense”, *Florida Law Review*, vol. 47, núm. 2, 1995, págs. 205-245.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

MARÍN-BARNUEVO FABO, “Las especialidades del Derecho tributario y su proyección en la aplicación de la doctrina de los actos propios”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, págs. 83-121.

MARTÍN PALLÍN, “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, *Cuadernos de derecho judicial: Delitos contra la salud pública y contrabando*, núm. 5, 2000, págs. 117-172.

MARTIN, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs, Verdeckten Ermittlers, der V-Person und des Informanten wegen ihrer Tätigkeiten durch die Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und geheimdienstlichen Behörden“, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, núm. 2, 2014, págs. 117-133.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional”, *AFD*, núm. 32, 2016, págs. 409-430.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ RUIZ, “La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal”, *LL*, núm. 5, 1997, págs. 1897-1901.

MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MATHESON, “Manipulators and Moral Standing”, *Philosophia*, 2018, págs. 1-18.

MATRAVERS, “Who’s Still Standing? A Comment on Antony Duff’s Preconditions of Criminal Liability”, *Journal of Moral Philosophy*, vol. 3, núm. 3, 2006, págs. 320-330.

H. MAYER, “Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft” en *Festschrift für Theodor Rittler*, Scientia, Aalen, 1957, págs. 243-274.

———, *Strafrecht allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967.

MCADAMS, “The Political Economy of Entrapment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 96, núm. 3, 2005, págs. 107-186.

———, “Reforming Entrapment Doctrine in United States v. Hollingsworth”, *University of Chicago Law Review*, núm. 74, 2007, págs. 1795-1812.

MCKENNA, “Resisting Todd’s Moral-Standing Zygote Argument”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 68, núm. 273, 2018, págs. 657–678.

MCLOUGHLIN, “The Meaning of Predisposition in Practice”, *Boston University Law Review*, núm. 79, 1999, págs. 1067-1090.

MENDES DE CARVALHO, “Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal”, *RECPC*, núm. 7, 2005.

MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

———, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *RDPC*, núm. 9, 2002, págs. 39-82.

M-K. MEYER, “Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, *GA*, 1979, págs. 252-271.

MEYER/WOHLERS, “Tatprovokation quo vadis – zur Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR (auch) für das deutsche Strafprozessrecht”, *JZ*, núm. 70, 2015, págs. 761-770.

MIKELL, “The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90, núm. 3, 1942, págs. 245-265.

MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

———, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, *ADPCP*, núm. 47, 1994, págs. 5-28.

———, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal”, RECPC, núm. 3, 2001.

———, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003.

———, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, RECPC, núm. 6, 2004.

———, *Derecho Penal Parte General*, 10 ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MIRANDA ESTRAMPES, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, JPD, núm. 47, 2003, págs. 53-66.

MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona, 2009.

MITSCH, *Straflose Provokation strafbarer Taten*, Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1986.

MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, RJUAM, núm. 25, 2012, págs. 19-48.

MOLINA MANSILLA, “El agente encubierto: (artículo 282 bis de la LECrim.)”, LLP, núm. 62, 2009, págs. 87-93.

MOLINA PÉREZ, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, Anuario jurídico y económico escurialense, núm. 41, 2008, págs. 185-195.

MONTIEL FERNÁNDEZ, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Tesis, Universitat Pompeu Fabra, 2008.

MONTÓN GARCÍA, “Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos”, LL, núm. 3, 1999, págs. 2127-2131.

D. MOORE, “The Elusive Foundation of the Entrapment Defense”, *Northwestern University Law Review*, vol. 89, núm. 3, 1995, págs. 1151-1188.

MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.

MORENO GARCÍA, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, REDC, núm. 38, 1993, págs. 263-296.

- MORENO-TORRES HERRERA, *La tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24, 2001.
- MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani”, *Indret*, núm. 3, 2018.
- MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MURCHISON, *Federal Criminal Law Doctrines*, Duke University Press, Durham, 1994.
- NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NIETO MARTÍN/BLUMENBERG, “Nemo tenetur se ipsum accusare en el derecho penal económico europeo”, en *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 397-420.
- NIEVA FENOLL, “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, *LL*, núm. 9068, 2017.
- NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.
- NÚÑEZ PAZ, “Delito intentado e idoneidad en el derecho español”, *RP*, núm. 14, 2004, págs. 124-140.
- NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, *ADPCP*, núm. 61, 2008, págs. 89-164.
- NYDEGGER, *Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Las Rozas, 2007.

OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, EDERSA, Madrid, 1999.

———, “La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 199-208.

ORLANDO, “Nebraska and the Entrapment Defense: A Movement Toward Positional Predisposition? *State v. Canaday*”, *Nebraska Law Review*, vol. 82, núm. 3, 2002, págs. 866-888.

ORMEROD/ROBERTS, “The trouble with Teixeira: Developing a principled approach to entrapment”, *The international journal of evidence & proof*, núm. 38, 2002, págs. 38-61.

ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Comares, Granada, 1994.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *RDPC*, núm. 2, 2004, págs. 31-74.

———, “De moscas y agresores muertos: Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *Indret*, núm. 3, 2008.

———, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento?: Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, en *Derecho, sanción y justicia penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017, págs. 419-444.

OSTENDORF/MEYER-SEITZ, “Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes“, *StV*, núm. 2, 1985, págs. 73-80.

PAGLIARO/ARDIZZONE, *Sommario Del Diritto Penale Italiano*, 2. ed., Giuffrè, Milano, 2006.

PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.

PARK, “The Entrapment Controversy”, *Minnesota Law Review*, vol. 60, núm. 13, págs. 163-274.

PASCUAL MEDRANO, “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 295-333.

PASTOR RUIZ, “El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado”, LL, núm. 8155, 2013.

PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 45-71.

PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

———, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, *Indret*, núm. 1, 2008.

PEÑA WASAFF, “Autoría y participación en el delito”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 3, págs. 85-128.

PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990.

———, *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Cívitas, Madrid, 1991.

PERELLI-MINETTI, “Causation and Intention in the Entrapment Defense”, *UCLA Law Review*, vol. 28, núm. 4, 1981, págs. 859-905.

PÉREZ ALONSO, *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ ARROYO, “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal”, LL, núm. 1, 2000, págs. 1765-1797.

PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena: Una justificación deontológica de la pena como institución”, *Indret*, núm. 4, 2014.

PÉREZ LUÑO, “La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales”, en *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

———, “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, págs. 203-217.

———, “La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) y los derechos fundamentales”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993, págs. 405-426.

PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2013.

———, “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 317-326.

PIZZORUSSO, “Las «generaciones» de derechos”, *ADH*, núm. 3, 2002, págs. 493-514.

PLATE, “Zur strafbarkeit des agent provocateur”, *ZStW*, núm. 84, 1972, págs. 294-322.

POLITOFF LIFSCHITZ, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley Nº 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y de jurisprudencia*, ConoSur, Santiago de Chile, 1998, págs. 54-86.

POSNER, “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1985, págs. 1193-1231.

———, *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston, 1986.

DEL POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, *Criterio jurídico*, núm. 6, 2006, págs. 267-310.

———, “La entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo: perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2008, págs. 197-235.

PRESNO LINERA, “Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 361-393.

- PUIG BRUTAU, *La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951.
- , *Compendio de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1987.
- PUPPE, “List im Verhör des Beschuldigten“, GA, 1978, págs. 289-306.
- , “Verführung als Sonderopfer“, NStZ, núm. 9, 1986, págs. 404-407.
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010.
- PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, 2002, trad. FORN I ARGIMON, Paidós, Barcelona, 2004.
- QUERALT JIMÉNEZ, “Coacción directa y justificación”, RJC, núm. 3, 1983, págs. 643-660.
- , “Necesidad, legalidad y oportunidad (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, 1990, págs. 135-157.
- , “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero”, LL, núm. 6, 1999, págs. 1823-1825.
- , *Derecho Penal español Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- A. QUERALT JIMÉNEZ, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, TRC, núm. 20, 2007, págs. 435-470.
- , *La interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal Español*, Cymys, Barcelona, 1974.
- RAGUÉS I VALLÈS, *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.
- , “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, Indret, núm. 3, 2017.
- RAIMÚNDEZ LÓPEZ, “Nuevas técnicas de investigación y su posible afectación a los derechos fundamentales: la figura del agente encubierto”, en *Derechos y obligaciones en el estado de derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017, págs. 649-657.

- REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.
- REDMAYNE, “Theorizing the criminal trial”, *New Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2009, págs. 287-313.
- , “Exploring Entrapment”, en *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 157-170.
- REDONDO HERMIDA, “El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LLP*, núm. 45, 2008, págs. 94-105.
- RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- , “Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation?”, en *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Paul Siebeck, Tübingen, 2003, págs. 197-211.
- REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RICHARD GONZÁLEZ, “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal”, *LL*, núm. 8946, 2017.
- RIGGI, *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona, 2010.
- RIVERA LÓPEZ, “Castigo penal, injusticia social y autoridad moral”, *Análisis filosófico*, vol. 35, núm. 2, 2015, págs. 167-185.
- , “The fragility of moral standing to blame”, *Ethical Perspectives*, *Ethical Perspectives*, vol. 24, núm. 3, 2017, págs. 333-361.
- RIZO GÓMEZ, “La infiltración policial en internet”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 98-123.
- , “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria ontra el crimen organizado”, *CPC*, núm. 125, 2018, págs. 5-44.
- ROADEVIN, “Hypocritical Blame, Fairness, and Standing”, *Metaphilosophy*, vol. 49, núm. 1, 2018, págs. 137-152.
- ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, vol. 2, West, Saint Paul, 1984.

ROBLES MORCHÓN, “El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)”, en *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, págs. 45-62.

ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

———, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 12ª ed., Dykinson, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El agente encubierto y la entrega vigilada”, en *Criminalidad organizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 1999, págs. 91-124.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 22, 1999, págs. 349-370.

ROGERS, “The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials”, *Current Legal Problems*, vol. 61, núm. 1, 2008, págs. 289- 323.

ROIG TORRES, *El delito de atentado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

ROIPHE, “The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense”, *Seton Hall Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2003, págs. 257-302.

ROMEO MALANDA, “La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en los delitos de estafa” en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 537-566.

ROMERO SÁNCHEZ, “Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada: Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán”, *Criminalidad*, núm. 2, 2015, págs. 319-333.

RÖNNAU, “Agent provocateur”, *JuS*, núm. 1, 2015, págs. 19-22.

ROTH, “The anomaly of Entrapment”, Washinton University Law Review, vol. 91, núm. 4, 2014, págs. 979-1034.

C. ROXIN, “Die provozierte Notwehrlage“, ZStW, núm. 75, 1963, págs. 541–590.

———, “Zum Strafgrund der Teilnahme“, en *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Müller, Heidelberg, 1993, págs. 367-382.

———, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 2ª ed., 1994, trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997.

———, *Derecho procesal penal*, 25ª ed., 1998, trad. CÓRDOBA/PASTOR, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

———, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99”, JZ, núm. 7, 2000, págs. 369-371.

———, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. GÓMEZ RIVERO/GARCÍA CANTIZANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

———, *Derecho Penal Parte General*, t. II, 1ª ed., 2003, trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 2015.

———, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

———, “Die staatliche Selbstbelastungsprovokation“, en *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, págs. 651-665.

C. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28ª ed., C. H. Beck, München, 2014.

I. ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstösse in der Strafrechtspflege*, 4ª ed., VVF, München, 2004.

———, “Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen”, en *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 2017, págs. 1359-1373.

RUBENFELD, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, vol. 102, núm. 4, 1989, págs. 737-807.

RUDOLPHINI, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, págs. 51-73.

RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?: un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

RUIZ ANTÓN, “El fundamento material de la pena en la participación”, CPC, núm. 11, 1980, págs. 47-66.

———, *El agente provocador en el Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1982.

———, “El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ADPCP, núm. 1, 1982, págs. 119-144.

———, “La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas”, en *La problemática de la droga en España*, EDERSA, Madrid, 1986, págs. 317- 335.

———, “La provocación de la prueba y el delito provocado: Las garantías del Estado de Derecho”, AFDUE, núm. 11, 1993, págs. 213-230.

———, “Del agente provocador y del delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Problemas de autoría*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 335-392.

———, “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras”, ADPCP, núm. 51, 1998, págs. 5-34.

RUIZ LAPEÑA, “La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 335-359.

RUIZ LÓPEZ, “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, LLP, núm. 127, 2017.

RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

RUIZ VADILLO, “La figura del agente provocador en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, RGD, núm. 596, 1994, págs. 4909-4921.

SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAMA, *L'agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1965.

SAMPEDRO ARRUBLA, “La prueba y el agente provocador”, *Derecho Penal y Criminología*, núm. 74, 2003, págs. 161-172.

SÁNCHEZ GÓMEZ, “El agente encubierto informático”, *LLP*, núm. 118, 2016.

SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.

SÁNCHEZ MORÓN, “Venire contra factum proprium non valet”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2003, págs. 223-246.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “En los límites de la inducción”, *Indret*, núm. 2, 2012.

SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, AD-HOC, Buenos Aires, 1997.

SANTANA RAMOS, “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *CEFD*, núm. 29, 2014, págs. 99-113.

SANTANA VEGA, “La atenuante analógica de cuasiprescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción”, *EPC*, núm. 39, 2019.

SANZ DELGADO, “El agente provocador en el delito de tráfico de drogas”, *LLP*, núm. 12, 2004, págs. 28-43.

SAX, “Zur Problematik der «Teilnahmerdelikts»“, *ZStW*, núm. 90, 1978, págs. 927-964.

SCANLON, *Moral Dimensions: permissibility, meaning, blame*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1975.

C. SCHMIDT, *Grenzen des Lockspitzeinsatzes*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

———, “Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation”, *ZIS*, núm. 1, 2017, págs. 56-65.

M. SCHMIDT, *Der tatprovozierende Einsatz polizeilicher Lockspitzel: die Problematik am Beispiel der Anstiftung eines agent provocateur zu einem untauglichen Versuch*, Diss., Frankfurt am Main, 1998.

SCHUMANN, “Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?“, JZ, núm. 2, 1986, págs. 66-72.

———, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986.

SCHÜNEMANN, “Der polizeiliche Lockspitzel –Kontroverse ohne Ende?“, StV, núm. 10, 1985, págs. 424 -431.

———, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik“, GA, 1986, págs. 293-352.

———, “§ 26“, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006.

SCHWARZBURG, *Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation*, VVF, München, 1991.

SEELMAN, “Zur mariell-rechtlichen Problematik des V-Mannes“, ZStW, núm. 95, 1983, págs. 797-833.

———, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 213-224.

SEHER/GROTHER-MEUMANN, “Zum zähen Ringen der Gerichte um den Umgang mit staatlich provozierten Straftaten“, en *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, págs. 707-724.

SEIDMAN, “The Supreme Court, Entrapment, and Our Criminal Justice Dilemma”, The Supreme Court Review, vol. 1, núm. 1, 1981, págs. 111-155.

SESMA SÁNCHEZ, “La doctrina de los actos propios en el ámbito sancionador tributario”, en *La doctrina de los actos propios en Derecho tributario*, Civitas, Cizur Menor, 2018, págs. 267-306.

SHAVELL, “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, Columbia Law Review, vol. 85, núm. 6, 1985, págs. 1232-1262.

SHER, *In Praise of Blame*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, ADPCP, núm. 35, 1982, págs. 663-692.

———, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, ADPCP, núm. 40, 1987, págs. 451-578.

———, “La victimo-dogmática en el Derecho español”, en *Victimología*, Universidad del País Vasco, Donostia, 1990, págs. 195-203.

———, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

———, “Consideraciones sobre el delito del Art. 340 Bis a) 1º del CP”, en *Derecho de la circulación: aspectos civiles y penales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 149-179.

———, “La regulación del iter criminis”, en *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 121-157.

———, “Sobre las actuaciones en una "situación de necesidad" que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 155-184.

———, “Prólogo a la edición española”, en *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 13-17.

———, “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, págs. 715-726

———, “A vueltas con la actio libera in causa”, *Indret*, núm. 4, 2016.

———, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

SINGEWALD, *Der agent provocateur*, Schletter, Breslau, 1908.

SINN/MALY, “Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation“, *NStZ*, núm. 7, 2015, págs. 379-383.

SMITH, “On Being Responsible and Holding Responsible”, *The Journal of Ethics*, vol. 11, núm. 4, 2007, págs. 465-484.

SOBRINO FERNÁNDEZ, “El delito provocado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Problemas de autoría*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 393-401.

SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito*, Comares, Granada 1996.

SOMMER, “Das tatbestandlose Tatverhalten des Agent Provocateur“, JR, núm. 12, 1986, págs. 485-491.

———, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1987.

———, “Kompatibilitätsprobleme zwischen dem BGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, StraFo, núm. 5, 2000, págs. 150-154.

———, “Entscheidung vom 23.10.2014“, StraFo, núm. 9, 2014, págs. 504-510.

SQUIRES, “The Problem with Entrapment”, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, núm. 2, 2006, págs. 351-376.

STEMPEL, *Der Lockspitzel im amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der „Doctrine of entrapment“*, Diss., Bonn, 1958.

STEVENSON, “Entrapment and Terrorism”, Boston College Law Review, vol. 49, núm. 1, 2008, págs. 125-215.

STITT/JAMES, “Entrapment and the entrapment defense: Dilemmas for a democratic society”, Law and Philosophy, vol. 3, núm. 1, 1984, págs. 111-131.

STRATENWERTH, “Der agent provocateur”, MDR, núm. 12, 1953, págs. 717-721.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht allgemeiner Teil*, 6ª ed., Vahlen, München, 2011.

SWOBODA, “Der agent provocateur aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht“, ZVG, núm. 4, 2016, págs. 304-310.

SZCZARANSKI VARGAS, “El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa”, Ius et Praxis, vol. 21, núm. 1, 2015, págs. 171-216.

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

TASCHKE, “Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?“, StV, núm. 4, 1984, págs. 178-181.

TODD, “Manipulation and Moral Standing: An Argument for Incompatibilism”, Philosophers Imprint, vol. 12, núm. 7, 2012.

———, “A Unified Account of the Moral Standing to Blame”, *Noûs*, 2017, págs. 1-28.

TOGNAZZINI/COATES, “Blame”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014.

TOLEDANO TOLEDANO, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Atelier, Barcelona, 1999.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

———, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada, 2009.

———, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?”, *REDC*, núm. 102, 2014, págs. 167-208.

TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, Bern, 1967.

TUNICK, “Entrapment and Retributive Theory”, en *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press, New York, 2011, págs. 171-191.

TUR FAÚNDEZ, *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

TYSZKIEWICZ, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

URIARTE VALIENTE, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, *Estudios jurídicos*, 2012.

VALIÑO CES, “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 377-387.

———, “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, *LL*, núm. 8731, 2016.

VALLE MUÑIZ, “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”, *CPC*, núm. 37, 1989, págs. 155-190.

———, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, *ADPCP*, núm. 45, 1992, págs. 561-612.

VARONA GÓMEZ, “El miedo insuperable: ¿Una eximente necesaria?”, RDPC, núm. 7, págs. 139-176.

VELASCO NÚÑEZ, *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.

———, “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 4, 2011.

VILLAR FUENTES, “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, en *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 363-369.

VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, “Artículo 550 CP”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 2067-2082.

WALLACE, “Hypocrisy, Moral Address, and the Equal Standing of Persons”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 38, núm. 4, 2010, págs. 307-341.

WATSON, “A Moral Predicament in the Criminal Law”, *Inquiry*, vol. 58, núm. 2, 2015, págs. 168-188.

WEGNER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951.

WELZ, *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe*, Lang, Frankfurt am Main, 2010.

WHELAN, “Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: A Proposal to Replace the Entrapment Defense With a Reasonable-Suspicion Requirement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, núm. 5, 1985, págs. 1193-1230.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

G. WILLIAMS, “Sharing Responsibility and Holding Responsible”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 30, núm. 4, 2013, págs. 351-364.

B. WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press, London, 1985.

WOLFSLAST, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, Carl Heymanns, Berlin, 1995.

YAFFE, “The Government Beguiled Me: The Entrapment Defense and the Problem of Private Entrapment”, *The Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 1, núm. 1, 2005.

YACOBUCCI, “Criterios de imputación frente al delito flagrante provocado”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017, págs. 891-901.

ZAFFARONI, “Consideraciones acerca de la figura del agent provocateur”, RDPC, núm. 22, 1984, págs. 7-18.

ZARAGOZA TEJADA, “El agente encubierto online: la última frontera de la investigación penal”, RAD, núm. 1, 2017.

ZIESCHANG, “Polizeiliche Tatprovokation“, en *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, págs. 423-437.