



Informe de Investigación

Título: - Delito Experimental

Subtema: - Agente Encubierto y Agente Provocador

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: El Delito Experimental, visto desde la óptica del Derecho penal costarricense, y las figuras del agente provocador y agente encubierto.
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Derecho Penal, Delito Experimental, Agente Provocador, Agente Encubierto, Prueba, Valor Probatorio.
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 11/02/2011

INDICE

Resumen	2
Doctrina	3
a) El delito Experimental	3
b) El agente encubierto.....	17
c) El agente provocador	60
d) Diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador	71

Resumen

El presente informe de investigación trata el tema del Delito Experimental en Costa Rica, así como su jurisprudencia penal y constitucional. De igual manera, se abordan los conceptos de agente encubierto y agente provocador en el derecho penal costarricense y sus diferencias.

Doctrina

a) EL DELITO EXPERIMENTAL

[FONSECA, M y SALAS, L] ⁱ

DELITO EXPERIMENTAL

(...) EL delito experimental constituye un medio de investigación utilizado por las autoridades para poner en evidencia, mediante un "experimento", una actuación ilícita que se venía llevando a cabo con anterioridad.

El "delito experimental" se presenta cuando se utilizan agentes provocadores, por parte de las autoridades, en la persecución penal. El delito experimental es aplicable a toda figura delictiva que haya iniciado a causa de provocación por parte de un policía, colaborador u otra autoridad en la cual lo que se busca es poner en evidencia una ilegítima actividad por parte del sujeto provocado y además el obtener la prueba que respalde tal afirmación.

En apariencia el autor o autores del hecho llevan a cabo el delito; sin embargo, el provocador en todo momento tiene controlado la conducta ilícita. De esta forma en ningún momento existe peligro para el bien jurídico tutelado y no hay posibilidad de consumación del hecho.



Además con la puesta en práctica de un delito experimental lo que se busca no es la comisión del delito, sino el poner en evidencia o al descubierto los medios por los cuales se realiza el ilícito que se investiga; es decir, lo que se trata de obtener mediante el delito experimental son las pruebas de una actividad criminal previamente existente.

Se desprende pues de lo anterior que, cuando se está frente a un delito experimental, no se le puede exigir responsabilidad penal a las personas que hayan intervenido en él, es decir, tanto el agente provocador como el autor provocado. A este último no se le sanciona por el delito al que fue provocado, pues este "delito" lo que constituiría es prueba en su contra de una actividad que venía desarrollando previamente.

La legislación y jurisprudencia española han desarrollado y regulado dos institutos que se pueden tener como semejantes al delito experimental, sean la provocación policial lícita y el delito provocado.

Así, se puede definir la provocación policial lícita como aquél instituto que se realiza con el propósito de poner de manifiesto comportamientos criminales ya existentes con anterioridad y que permite la exigencia de responsabilidades penales al provocado.

Por otra parte, el delito provocado, ha sido definido por la doctrina mayoritaria como: "Aquél que llega a realizarse en virtud



de la inducción engañosa de un agente. Éste deseando conocer la propensión al delito de una o varias personas sospechosas y para que se lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simula primero allanar y desembarazar el iter criminis y finalmente lo impide en el momento decisivo".

De las tres anteriores definiciones, se desprende que aunque si bien es cierto en cada una de ellas se hace necesaria la participación de un agente provocador, la participación del mismo es al menos con una intención distinta en una de ellas, sea en el delito provocado, por cuanto más que poner en evidencia comportamientos criminales ya existentes, lo que se busca es descubrir las formas en las que se da el delito y más que poner de manifiesto conductas ilegítimas, lo que se da es una incitación por parte de la autoridad policial a que un sujeto perpetre un delito que no tenía la intención de cometer, es decir lo que ocurre con el delito provocado es la creación de una voluntad criminal previamente inexistente, lo cual deviene al fin de cuentas para el autor provocado en impune. Precisamente en esa imposición de voluntad es donde radica la diferencia entre el delito provocado y el delito experimental.

Precisamente de ese modo ha definido la Jurisprudencia española del Tribunal Supremo al delito provocado, y al respecto en la resolución del 22 de diciembre de 1993, Ar. 9698 Conde-Pumpido Ferreiro estableció que: "Delito provocado es aquel en que, partiendo la iniciativa de un tercero, generalmente agentes policiales se crea en quien no tenía el propósito de delinquir la decisión de hacerlo, provocando así el surgimiento de la voluntad criminal y las condiciones para la comisión de un delito que, de no ser por tal provocación no se hubiera producido y, generalmente



de imposible ejecución con la intervención prevista ab initio de la fuerza policial. Lo que debe conducir a la impunidad de la conducta del sujeto provocado".

A este respecto, Juan Muñoz Sánchez menciona que en el delito provocado, la impunidad ha sido una constante en la Jurisprudencia española y que en la misma se distinguen dos etapas para fundamentarla.

Primeramente hace mención a que: "La -impunidad del delito provocado viene determinada porque éste es fruto de una trama tendenciosa, lo que da lugar a una situación ficticia y por ello la persona del provocado no actúa libre y espontáneamente".

Según la anterior concepción del Tribunal Supremo, expuesta por Muñoz Sánchez, existe libre decisión del autor del ilícito, no existía el el delito provocado no podía ser punible por cuanto no existía o principal presupuesto requerido por el tipo, sea la voluntad.

La segunda etapa del Tribunal Supremo a la hora de declarar impune el delito provocado consiste en que: "El delito provocado es impune porque falta una auténtica materia delictiva, quedando anclada la conducta en una mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo, en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo".

El delito experimental igualmente, resulta ser impune por cuanto como se señaló supra, lo que se busca con el mismo no es el tentar a un sujeto a cometer un ilícito, se trata más bien de evidenciar el corrupto actuar anterior del autor provocado, lo cual para nada significa imponer voluntad de acción en aquél.

Ahora bien, en cuanto a la figura de la provocación policial lícita, surgida alrededor de los años setenta en España, esto a raíz del incremento de la criminalidad organizada, principalmente en delitos de narcotráfico, el Tribunal Supremo se vio prácticamente en la obligación de procurar variar la teoría que tenía respecto al delito provocado, de esta forma el Tribunal dictaminó que no exactamente en todos los casos en que había intervención de agente provocador debía de darse una impunidad, por cuanto existen supuestos que no calzan con los requeridos para estar frente a un delito provocado.

Tal distinción se hace por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 18 de abril de 1972, donde se afirma que: "La teoría del delito provocado no es aplicable al caso, bien distinto, en el que el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito... sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota, positiva o negativa de espontaneidad respecto al acto último, meramente revelador del delito afecte a la calidad, cierta, del mismo."

La anterior [distinción realizada por la jurisprudencia española se mantiene aún en la actualidad. Se establece, en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 20 de febrero de 1991 A. No. 1308, que no es posible declarar la punibilidad en los casos de delitos que se producen *ex novo* . Únicamente es punible cuando la actividad se venía realizando previo a la intervención

policial, por cuanto el primero de los casos, lo que se hacía era provocar al delito; en el segundo lo que se pretende es la obtención de prueba de una actividad que se venía produciendo regularmente con antelación a la intervención del agente provocador.

Doctrinariamente en España se ha establecido los supuestos en los cuales es posible aplicar la figura de la provocación policial lícita, la cual valga decir, al parecer encuentra justificación legal en el numeral 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y básicamente sería en delitos de criminalidad organizada, tráfico de drogas -entre otras- donde la investigación ordinaria dificulta el desmembramiento de tales organizaciones.

En fin, se puede establecer que existe un paralelismo en cuanto a significado y fines se refiere, entre lo que la doctrina jurisprudencial española conoce como Provocación Policial Lícita en relación a lo que se conoce en nuestro medio como Delito Experimental. En realidad ambos buscan llegar a un mismo fin y haciendo uso de técnicas en extremo semejantes; de esta forma se considera necesario anotar conjuntamente con Muñoz Sánchez las características principales de la provocación Policial Lícita como lo son el hecho que: "a) Se concibe como una técnica de investigación criminal, que por consiguiente, sólo puede ser utilizada por un sujeto legitimado por el Estado para desarrollar actividades de represión o prevención de delitos. Por lo que respecta a la conducta realizada por el Agente Provocador, la diferencia estriba, en nuestra opinión, exclusivamente en la finalidad del

agente. En los dos casos se provocan delitos, si bien en el delito provocado es para la persecución penal del sujeto por el hecho provocado, mientras que en la provocación policial lo es para descubrir delitos ya cometidos, pues la provocación tiene como finalidad poner al descubierto una actividad o situación delictiva preexistente a la actividad del agente provocador. El tratamiento jurídico penal es la punición del provocado y la impunidad del agente provocador”.

Cabe aclarar que aunque si bien es cierto la legislación y jurisprudencia española tienen más clara la regulación en cuanto a la participación del agente provocador dentro de la Provocación Policial Lícita, esto según lo interpretado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (numeral 282), lo cierto es que también existen grandes críticas respecto a la aplicación del agente provocador en los casos de Provocación Policial Lícita, en el tanto que indistintamente como se le denomine al agente provocador que participa, ya sea en el "delito provocado" o en la "provocación policial lícita", lo cierto es que existen violaciones a derechos consagrados en la Constitución Política y que además tales actividades son a todas luces contrarias a la ética y a los Principios que rigen un Estado Social de Derecho; lo anterior claro está sin dejar de lado, la problemática que surge en los casos en los cuales se enjuicia a un sujeto debido a la Provocación Policial Lícita y se le condena con "pruebas" que resultan ser no más que leves sospechas que "positivas o negativas" no dejan de ser eso, sospechas.

Finalmente, a diferencia de lo que sucede en otros países - como por ejemplo España y Argentina- en los cuales la

investigación y recolección de probanzas mediante el delito provocado ha sido definido y delimitado vía jurisprudencial, en primera, y legalmente después -aunque esta última no muy bien regulada-, en nuestro país el concepto de "delito experimental" ha presentado cierta confusión a raíz de algunas resoluciones de la Sala Constitucional, en las cuales se equiparan erróneamente las nociones "agente encubierto" y "delito experimental" y se desecha totalmente la de "agente provocador" debido a la mala interpretación del instituto del delito experimental, sin embargo será en la próxima sección donde se discutirá acerca de tales conceptos y de la posición tanto de la Sala Constitucional como la Tercera y la crítica que a ambas se hará.

[HERRERA FONSECA] ⁱⁱ

EL DELITO EXPERIMENTAL

a) Concepto

El término doctrinal conocido como "Delito Experimental", cuya denominación y contenido no es aun uniforme, se atribuye a la indebida provocación premeditada de la comisión de un ilícito penal, que hace improcedente tener por culpable la autoría o participación del supuesto responsable a quien se dirige la provocación, por la ausencia de dolo en el sujeto productor del hecho y atipicidad en la conducta. Aquí, esa actividad externa es

la que de forma exclusiva y directa, deriva y motiva el cumplimiento de una conducta típica sin cuya presencia no se hubiera producido el delito.

Lo "experimental" de la acción implica que la actividad desplegada por un agente externo a la relación delictiva, provoca o genera la consumación del hecho delictivo, lo que no llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado, (así, Sala Tercera, V-22-F de las 9:20 horas del 20 de enero de 1995), siendo entonces lo prohibido del experimento, que la participación e incitación del agente que provoca sea el que lleve a otro sujeto a que incurra en un delito, determinando la comisión de un delito que posiblemente no se había planeado consumir con anterioridad, elementos que hacen desaparecer la culpabilidad de la conducta que se pretende tildar de delictiva, pues aunque ésta aparezca como típica, hace que se ausenten otros elementos del tipo necesarios para la atribución de la responsabilidad penal.

El autor FONTÁN BALESTRA intenta definir el Delito Experimental así: "Esto ocurre cuando el autor cree que podrá consumir el delito, pero tal cosa no ocurre porque la víctima está advertida (v.g., del fraude en la estafa o de la ineficacia de la amenaza en la extorsión) o porque la autoridad está queriendo sorprenderle "con las manos en la masa", o bien cuando se quiere comprobar la conducta de un sujeto con lo que el agente provocador-persona o acción- constituyen un verdadero experimento"

De igual forma lo hace la doctrina nacional, para la cual el delito provocado se convierte en una fuente de prueba para llegar a la constatación, de la existencia de una actividad delictiva ya

consumada".

Otro autor, Don SEBASTIÁN SOLER, al ubicar esta categoría delictiva dentro del delito putativo, leí acopla en "... aquellos casos en los que la inidoneidad de la acción depende de que la autoridad está vigilando la supuesta consumación del hecho, y permite que el presunto autor se haga la ilusión de poder consumarlo ...", noción suficientemente clara para dejar aquí planteada al menos, una idea amplia sobre el contenido del denominado Delito Experimental, reconocido ampliamente por la doctrina interna y foránea y por la jurisprudencia nacional.

Al respecto, nuestros Tribunales de Justicia han dicho:

Voto 559-F-93 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas treinta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. En igual sentido, ver resolución de la misma Sala, Voto N° 22 de las 10:10 horas del 27 de enero de 1989. "En otros supuestos, cuando el sujeto es inducido a realizar una conducta que no quería, se ha entendido que se verifica allí un delito inexistente, pues el partícipe no acepta asumir la responsabilidad que su conducta le puede generar ... Como se dijo anteriormente, cuando el agente provocador induce a realizar algo que el sujeto no quiere, no se puede considerar que tal actitud "crea" el dolo de tipo requerido por el Código Penal (artículo 30 del Código Penal), y si interviene para verificar y confirmar lo que ya de por sí constituye un hecho punible (aún en grado de tentativa), los actos realizados antes de su intervención deben ser considerados jurídicamente reprochables—



Sin embargo, en estas soluciones debe tenerse en cuenta que cuando toda la trama del episodio es, de por sí engañosa, simulada y carece de realidad, y, tampoco ha permitido que el sujeto activo entre en la esfera del núcleo del tipo, las conductas así provocadas no pueden tenerse como tentativas idóneas o inidóneas, sino como conductas atípicas ya que indudablemente no se ha realizado nada que deba analizarse en tal carácter, y, en otros casos, como en el subjuicio, lo realizado no implica -ni siquiera hipotéticamente- una lesión atendible del Bien Jurídico penalmente protegido. De los hechos probados se desprende, adicionalmente, que la entrega dineraria no guarda en absoluto ninguna relación causal con un engaño que se haya producido sobre la víctima, por lo que no puede considerarse que se hayan verificado las circunstancias necesarias para pensar que el sujeto ya había ingresado en el núcleo del tipo de estafa." **Voto 578-F-95 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas cinco minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.** "Es cierto que el "delito experimental" no puede dar base para una condenatoria por sí solo, sin embargo la situación es distinta en el presente caso porque no estamos en presencia de una situación experimental. En efecto, no puede concluirse que los oficiales de policía antidrogas hubieran provocado o generado la consumación del hecho delictivo al enviar a una persona a comprarle droga a la imputada, porque en este supuesto la conducta anterior de la encartada ya era delictiva en sí misma, al poseer droga con el fin de venderla."

Don JAVIER LLOBET denomina el tema en estudio "Delito Experimental Provocado", entendido como aquel acto que busca comprobar la conducta de un sujeto fomentándose un verdadero experimento al provocarse la comisión de un delito, bajo un esquema totalmente controlado del acontecimiento desarrollado, en

contraposición con la no provocación de un hecho delictivo de la que también hace mención,⁴ que sí resulta procedente cuando la intervención de un agente encubierto hace operar la causal necesaria que desemboca en la participación criminal, aspectos en los que se ha esmerado en tratar tanto la Sala Constitucional como la Sala Tercera de lo penal, y que serán tratados ampliamente adelante.

a. 1 Jurisprudencia de la Sala Tercera

Voto 543-F-95 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas con treinta y cinco minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y cinco."

Concepto. "En el delito experimental existe prácticamente una estimulación o inducción de parte de los agentes policiales a cometer el delito, a tal punto que si no llegaren a realizar sus operativos, éste no se cometería ..."

Voto 2000-00728 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas con veinticinco minutos del treinta de junio del dos mil.

Exclusión del Delito Experimental. Procedencia del operativo policial. "Recurso de casación, ... Considerando: II. - El reclamo es atendible: En efecto, de una lectura atenta del fallo de instancia se colige que los Jueces -en su voto mayoritario- incurrieron en un serio error en la aplicación del derecho sustantivo, pues estimaron que en la especie concurrió, lo que el

recurrente denomina "un delito experimental". Así, el sentenciador acreditó que la Delegación Regional del Organismo de Investigación Judicial, con sede en Puriscal, recibió informes confidenciales en el sentido de que personas hasta el momento desconocidas se dedicaban a vender droga en el citado cantón. De esta forma, se dispuso infiltrar en el mundo de la droga, a un colaborador de la policía para que identificara los puntos de venta y las personas encargadas de su tenencia y trasiego. Bajo esta actuación, el colaborador contactó con el coimputado C. E. P. C. (contra quien se siguió proceso separado), para que le vendiera una cantidad de "picadura" de marihuana, por la suma de diez mil colones (10.000.00). Como dicha transacción se realizaría en horas de la tarde del 8 de enero de 1.999, se coordinó con el Fiscal respectivo, para obtener billetes debidamente identificados y registrar previamente al colaborador. Así, después de haber recibido el dinero, el justiciable P. C. solicitó al encubierto que lo acompañara hasta un callejón próximo a la vivienda de R. A. D. R., regresando poco después con cinco "... tacos de marihuana..." que entregó al colaborador policial. En la vivienda de D. R. se localizaron diferentes cantidades de "picadura" de marihuana distribuida en diferentes envoltorios y en distintos aposentos de la morada y en el servicio sanitario se encontró uno de los billetes identificados y el otro se le incautó a P. C.. Ciertamente, como lo reclama el Fiscal impugnante, el Tribunal se limitó a realizar una exposición genérica sobre lo que consideraba un experimento, a partir del cual no podría establecerse un juicio de reproche, pero con ello, desatiende la normativa citada e ignora la correcta interpretación, que tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional han establecido al respecto. Así, en lo que interesa, conviene traer a colación las siguientes pautas de interpretación señaladas por la jurisprudencia: "... Obsérvese que

si bien la intervención del acusado era inesperada por los policías, es manifiesto que su contribución fue decisiva, pues conocía plenamente la naturaleza ilícita de las sustancias que poseía para la venta y que efectivamente entregó con tal propósito. En consecuencia, no puede estimarse que su colaboración fue accesoria, o motivada en un error, o inducida por las autoridades, ya que la entrega de droga a un oficial -que encubría su identidad- fue simplemente una contingencia, pues la acción emprendida revela una predisposición para vender psicotrópicos a cualquier persona. Sobre este aspecto y en ocasión de conocer un recurso con connotaciones similares, esta Sala estableció que: "... Si bien la figura del delito experimental comprende los casos de intervención justificada de la policía cuando de previo tiene conocimiento de la ejecución delictiva a cargo de una o varias personas, no excluye sin embargo que del despliegue policial surja la autoría o complicidad de otras personas de quienes originalmente no se conocía estuvieran relacionados con un ilícito, en el caso concreto del comercio de estupefacientes. Casualmente de lo que se trata es de comprobar la fidedignidad de un informe, en su generalidad anónimo, sobre la probable comisión de delitos y de sus partícipes. Puede ser que ni siquiera éstos se hayan individualizado, según los informes manejados por la policía. (...) Es conocido que el tráfico de drogas importa una actividad que requiere normalmente la intervención de varias personas, desde que se adquiere la sustancia, hasta la preparación, embalamiento y ulterior comercio. En la generalidad de los casos la Policía parte de informes generales y no siempre de casos específicos del comportamiento delictivo. Es de los operativos que se logra comprobar la actividad ilícita e individualizarla de los presuntos partícipes. Y eso fue lo que ocurrió en la espera. De manera que no se dieron los quebrantos legales alegados..." (ver Voto N° 679-F-96, de 9:45

horas del 8 de noviembre de 1.996)...". (Así, Voto N° 1.424-99, de 9:26 horas del 12 de noviembre de 1.999)...". (Voto N° 328-2000, de 9:20 horas del 31 de marzo de 2.000). Por lo anterior y por conocerse en esta oportunidad una impugnación del ente acusador contra una sentencia absolutoria y considerando la prohibición constitucional de aplicar en estos casos la ley sustantiva correspondiente (confrontar de la Sala Constitucional el Voto N° 1.208-98, de 15:57 horas del 24 de febrero de 1.998), procede declarar con lugar el recurso, anular la sentencia y el debate que la precedió, disponiéndose el reenvío al competente para nueva sustanciación (..).

b) EL AGENTE ENCUBIERTO

[GUARIGLIA]ⁱⁱⁱ

EL AGENTE ENCUBIERTO ¿UN NUEVO PROTAGONISTA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL?

I. Introducción.

La crítica a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada "criminalidad organizada" se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos. En efecto, ya no se trata de un reclamo en todo caso equilibrado por la existencia de un discurso alternativo, más moderado -y consciente, en definitiva, de sus propias limitaciones-, que operaba como muro de contención

de estas aspiraciones, a menudo no exentas de irracionalidad, de "eficiencia absoluta", sino que se ha instalado firmemente -y a veces pareciera que hasta hegemónicamente- en la discusión político-criminal de fin de siglo. Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista: nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los ya existentes, reformas al procedimiento penal con el fin de tornarlo "apto" como herramienta para la lucha contra nuevas formas de delincuencia cuya complejidad, se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Este trabajo pretende analizar, precisamente, uno de estos nuevos métodos adoptados por la reacción penal estatal: la introducción en el esquema clásico del procedimiento penal del **agente encubierto**, es decir, del miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información, y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal en su formulación europeo-continental. Para ello, se tratará fundamentalmente la regulación de dicha actividad policial en la **ley procesal penal alemana (Strafprozeßordnung-StPO)**, y la discusión dogmática en torno a ella (II). Seguidamente, se analizará, en forma más breve, la reciente recepción del agente encubierto en la legislación argentina (III), para finalmente intentar algunas conclusiones (IV).

II. La regulación en la StPO.

La "Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada" (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer*

Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG) -y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO- ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente, encuentra ahora apoyo normativo explícito.

Es posible afirmar que la reforma a la StPO ha arrojado un poco de luz en un panorama sumamente difuso, cuya imprecisión se extendía, incluso, a los conceptos utilizados. A la poca claridad reinante en el tema han contribuido, sin duda, los erráticos intentos por justificar la utilización de estos métodos de investigación a pesar de la ausencia de toda norma potestativa correspondiente en la legislación procesal penal. Ejemplo claro de esto último es la tendencia de la jurisprudencia alemana a admitir dentro del procedimiento penal las prácticas policiales de provocación (*Lockspitzelpraxis*) mediante una aplicación desmesurada del § 34 StGB (artículo del Código Penal alemán regulatorio del estado de necesidad justificante) , utilizado aquí como norma de autorización en el procedimiento penal.

La reforma, sin embargo, presenta al mismo tiempo una serie de problemas dogmáticos todavía pendientes de una respuesta. En las siguientes páginas se intentará una descripción de la regulación prevista en los §§ 110a y ss., StPO, y de la discusión en torno a ellos, profundizando el análisis en ciertos puntos particularmente críticos, en donde las nuevas reglas chocan con postulados básicos de la StPO, e, incluso, con principios consagrados en la Ley Fundamental alemana.



II. 1. El § 110a StPO.

a) El § 110a II define a los agentes encubiertos (AE) como "miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (Legende, "leyenda"), otorgada por un período limitado de tiempo". Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin "leyenda"), al igual que los así llamados "Hombres-V" (**V-Leute**).

Esto último, advierte la literatura, tiene gran importancia, ya que los órganos encargados de la persecución penal no deben intentar evitar las limitaciones a las que se encuentra sujeto el agente encubierto mediante la utilización de Hombres-V o "informantes", los cuales no son, en principio, miembros de la policía. La consecuencia inmediata de ello sería la imposibilidad de valorar judicialmente la información recogida mediante la utilización -no amparada por el § 110a- de estas prácticas, cuando el caso se subsuma en alguno de los supuestos establecidos en el catálogo de delitos previsto en la norma (ver infra (c)). Ello, sin embargo, es objeto de discusión: se ha argumentado que la prohibición de valoración probatoria se encuentra limitada al caso en que personas no legitimadas por el § 110a ingresen en alguna vivienda privada, ya que ellas tampoco pueden ampararse en la autorización comprendida en el § 110c (ingreso domiciliario, en principio, sólo bajo aquiescencia del juez del procedimiento preparatorio). En contra de esta última postura, se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho de que las nuevas normas autorizan una incursión



secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ellas -y sin duda, de gran importancia-, la del ingreso en el domicilio particular); con tal fin estas normas regulan una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la exigencia de que la persona que realice dicha actividad sea miembro regular de la policía, y, por ello, se vea limitado por ciertos principios básicos inherentes a su función. Esto último no sucede, como resulta obvio, en el caso de los Hombres-V, a pesar de su íntima vinculación con las fuerzas policiales.

Se debe remarcar, de todos modos, que la tesis que considera a los Hombres-V como "simples testigos", y, por consiguiente, propugna como única regulación de su actividad a las reglas procesales destinadas a la prueba testimonial -implícita en la decisión del legislador alemán de ignorar el problema¹ ^resulta también criticable: a partir de ella, lo único que las fuerzas policiales deben hacer para sortear exitosamente los "obstáculos" previstos en la ley procesal es utilizar a particulares; la información recogida por estos mediante métodos inadmisibles para los órganos de la persecución penal (ingresos domiciliarios irregulares, interrogatorios "informales", etc.) será plenamente aprovechable en el procedimiento. Ello conduce, en definitiva, a la relegitimación de la actividad estatal contraria a las normas que regulan el procedimiento penal, incompatible con la máxima del "proceso justo" (*fairen Verfahren, Due Process*), postulado fundamental de todas las legislaciones procesales modernas, y garantía universalmente reconocida en todos los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es indudable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen

como destinatarios a los "órganos estatales de la justicia penal", y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado, que en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

b) Siempre que ello resulte necesario para la construcción y mantenimiento de la identidad falsa (Legende), se admite la confección, modificación y utilización de los documentos respectivos (§ 110a III). De este modo, queda contestada la pregunta sobre la punibilidad, conforme al § 348 StGB (falsa autenticación o certificación de documentos en la Administración pública), o eventual justificación de dichas acciones. La norma no detalla los documentos comprendidos; la literatura circunscribe el concepto a los documentos habitualmente utilizados para la certificación de identidad (identificación personal, pasaporte, licencia para conducir, etc.), y excluye expresamente la posibilidad de alterar libros públicos y registros.

c) El § 110a establece, como presupuesto necesario para la intervención de un AE, un catálogo de delitos. La ley se ha apartado del proyecto originario, que establecía un numerus clausus de delitos, para incorporar, como números 3 y 4, cláusulas generales que posibilitan la ampliación de su aplicación a otros ilícitos. Según el texto definitivo del § 110a la actuación de un AE es admisible en los siguientes supuestos: a) cuando alguno de los hechos punibles enumerados en los Nros. la 4, "de considerable significado", haya sido cometido, o exista sospecha de su comisión; b) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa

de libertad mínima de 1 año, o superior (Verbrechen), siempre que sobre la base de hechos determinados exista el peligro de reiteración. Para ambos supuestos rige la condición de que el esclarecimiento por otra vía aparezca como imposible o sumamente dificultoso (cláusula de subsidiariedad, idéntica a la prevista en el § 100a StPO -intervención de las comunicaciones a distancia); c) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior, sin peligro de reiteración, "cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resultarían inútiles" (segunda cláusula de subsidiariedad).

Los hechos punibles descritos en los Nros. 1 y 2 son aquellos cometidos "en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de dinero o valores" (Nr. 1), y "en el ámbito de la protección del Estado" (remisión a los §§ 74a, 120 de la Ley de Organización de los Tribunales). Los Nros. 3 y 4, como ya se dijo, no se refieren a tipos penales concretos, sino que abarcan modalidades de ejecución: así, permiten la utilización de agentes encubiertos aquellos hechos cometidos "en forma profesional o habitual" (Nr. 3), o, "por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado" (Nr. 4). Según la jurisprudencia del BGH, actúa en forma profesional quien desea procurarse a través de una actividad reiterada una continua fuente de ingresos, de cierta duración temporal y cierta cantidad; en forma habitual, quien a través de una inclinación adquirida con el ejercicio, tal vez incluso inconsciente, se dedica a la comisión reiterada de delitos. En cuanto al concepto de banda (Nr. 4) basta para su conformación "que dos personas se hayan unido para la comisión reiterada de delitos". Más problemático es determinar a qué se refiere la norma con la fórmula "o grupo de otro modo organizado". En principio, y teniendo

en cuenta los mismos fines de la ley que introdujo en la StPO el § 110a (lucha contra la criminalidad organizada), es plausible la interpretación que sostiene que dicho elemento implica la formación de una determinada estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia de algunos de sus integrantes, aunque con ello, en verdad, tampoco se ha avanzado mucho. La vaguedad de la fórmula permite múltiples interpretaciones posibles. Sin embargo es posible afirmar, en favor de dicha tesis, que el concepto de banda comprende ya el mínimo de posibilidades de aplicación de la regla. En consecuencia, la fórmula "...grupo de otro modo organizado..." debería dirigirse a un grupo de casos que vayan más allá de aquel concepto. Quedarían excluidos, por lo tanto, los meros casos de coautoría y participación que no puedan ser subsumidos ni en el concepto de "banda", ni en la fórmula mencionada. Ello tiene consecuencias importantes, ya que si *ab initio* existen suficientes elementos para inferir, en un caso concreto, que no se trata ni de una banda, ni de otro tipo de organización, entonces la introducción del AE pierde todo apoyo en el § 110a Nr. 4 StPO.

Otro punto a dilucidar es a qué se refiere el legislador con el concepto "hechos punibles de considerable significado" (referido al primer grupo de casos que autorizan la intervención de un agente encubierto). La escasa literatura que se ha ocupado del tema no consigue establecer una frontera clara: se ha recurrido a la múltiples veces empleada fórmula "criminalidad particularmente peligrosa", o se ha sostenido que el concepto abarca aquellos hechos punibles "que afectan sensiblemente la paz jurídica, o que son idóneos para perjudicar considerablemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población", para luego concluir que el hecho que de lugar a la actuación de un AE "debe ser, por lo tanto,

un delito que al menos se incluya en la criminalidad media". Existe acuerdo sobre la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación del concepto a cada caso particular.

Ultimo presupuesto necesario para la intervención del AE, según el § 110a, es la existencia de la sospecha de un comienzo de ejecución del delito (Anfangsverdacht). No es posible, en consecuencia, la intervención en el campo previo a dicha sospecha.

d) La introducción de un AE mediante la vulneración de los presupuestos establecidos en el § 110a conduce, en principio, a una prohibición de valoración (Verwertungsverbot) de los conocimientos adquiridos por su actividad. Este es el caso, por ejemplo, si ya al momento de decidir la intervención existían suficientes indicios que demostraran que no se estaba frente a un hecho de los incluidos en el catálogo de la norma, o cuando la cláusula de subsidiariedad ha sido ignorada. El alcance de la prohibición de valoración, sin embargo, es poco claro. Al remitir a las reglas referidas a las intervenciones telefónicas (§ 100a StPO), Kleinknecht y Meyer-Go3ner parecen rechazar la vigencia general de un efecto extensivo (Fernwirkung), que excluya también aquellos elementos probatorios adquiridos en forma mediata, a través de la aplicación analógica de la jurisprudencia del BGH en la materia. Ella limita la posibilidad del efecto extensivo al caso en que las declaraciones de testigos e imputado se originen en forma inmediata en la utilización durante el interrogatorio del acta (no admisible) de la intervención telefónica, pero no a las declaraciones en sí mismas, no obstante ellas hayan sido el producto -mediato- de una injerencia estatal irregular. Es claro, sin embargo, que ya las mismas diferencias prácticas entre ambos supuestos (en el caso del agente encubierto



la información no es protocolizada, y no existe, por lo tanto, acta alguna) no permiten que ambos sean tratados de manera idéntica.

El problema, en verdad, no es más que una manifestación concreta de la discusión dogmática alemana en torno a la extensión de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Aquí sólo se señalará que si se admite como correlato de la ignorancia o vulneración de los presupuestos de la intervención de un AE una prohibición de valoración probatoria -mínima garantía del ciudadano, en definitiva, frente a ataques desproporcionados o injustificados a su esfera privada-, resulta al menos contradictorio negar el efecto extensivo de dicha prohibición, si es que no se desea reducir enormemente su función protectora. Por lo tanto, la prohibición debería abarcar también a aquellos elementos probatorios mediatos que tengan su origen en la intervención irregular.

II.2. Desarrollo de la intervención.

Según el § 110b, la intervención es admisible si cuenta primero con el consentimiento de la fiscalía. Las facultades del ministerio público son, sin embargo, limitadas: sólo puede consentir o rechazar la intervención, pero no se encuentra autorizado para ordenarla en contra de la voluntad de la policía. Ello ha llevado a afirmar que el dominio del proceso de intervención de un AE se encuentra fundamentalmente en manos de la policía, ya que es ella, en definitiva, la principal portadora de la iniciativa. En caso de "peligro en la demora", y siempre que la decisión del ministerio público no pueda ser obtenida a tiempo, la policía se encuentra autorizada a ordenar la intervención. El ministerio público debe,

sin embargo, prestar su conformidad dentro de los 3 días, y en caso de que ello no suceda, la actividad investigativa debe cesar, aunque puede ser nuevamente ordenada más adelante. El plazo comienza a correr a partir de la decisión. La pregunta surge automáticamente: ¿qué sucede con los conocimientos adquiridos durante la intervención en el caso de que el ministerio público no la convalide dentro del plazo correspondiente? Nack se manifiesta a favor de su aprovechabilidad, ya que "la policía hasta ese momento era competente para la decisión". Ello, sin embargo, requiere de algunas precisiones: si la determinación del ministerio público se basa en meras consideraciones de oportunidad, pero no discrepa con la modalidad de la intervención, la tesis es plausible. Sin embargo, si el rechazo se apoya en que los presupuestos del § 110a han sido ignorados por la policía al momento de ordenar la intervención, entonces dichos conocimientos no pueden ser valorados en un procedimiento penal, por aplicación de las reglas generales. Si, por otro lado, la conformidad del ministerio público ha sido irregular, ello debe conducir también a una prohibición de valoración probatoria.

El control judicial ex ante sobre la intervención se reduce a los supuestos en que ella se dirija "contra un imputado determinado", o cuando se pretenda el ingreso del agente encubierto en una vivienda "que no sea accesible a la generalidad" (§110b II, Ns. 1 y 2). En cada uno de estos supuestos se requiere de autorizaciones individuales. En el primer caso, es condición necesaria que el imputado sea, al menos, "identificable". Fuera de estos casos, el control jurisdiccional se limita a su actividad "normal" de contralor durante el curso del procedimiento penal, es decir, a un control ex post. Queda abierta la pregunta acerca de si con este régimen se satisface la exigencia de "control judicial efectivo"

formulada por la dogmática.

II.3. Actividades permitidas.

Hasta aquí se han analizado brevemente los presupuestos establecidos por el § 110a, StPO para la intervención de un AE. Debemos ocuparnos ahora de las distintas actividades que éste se encuentra facultado a desarrollar durante su función.

a) Durante su actividad, puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad (§ 110a, 2), es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc., ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede, también, como ya hemos dicho, ingresar a viviendas particulares bajo ciertos presupuestos (§ 110b). Para ello se exige, además de la conformidad del juez, el consentimiento del afectado (§ 110c). Este, sin embargo, no se debe encontrar viciado por engaño alguno que sobrepase el mero uso de la "leyenda", y el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad). Con ello se quiere decir que 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.

La compatibilidad de dicha norma con el Art. 13 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz-GG) ha sido puesta en tela de juicio. La crítica parte de considerar al Art. 13 como una fuente de protección de la "integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada", excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce

que, en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide, según este razonamiento, que este particular "consentimiento" pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración del Art. 13 GG: "dado que el Art. 13 GG fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el Estado, protege al ciudadano sobre todo contra la indagación estatal de su vivienda, un ataque en el ámbito de protección del Art. 13 GG sólo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al Estado el ingreso en su vivienda". La crítica señala, además, la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema en el plano del derecho penal material (la eventual infracción al § 123 StGB -violación de domicilio), y en el de la admisibilidad del ataque al Art. 13 GG: mientras que el consentimiento del afectado, aun viciado por el uso de la "leyenda", puede tener efecto para excluir la aplicación del § 123 StGB⁴⁷, ello resultaría indiferente en relación al ataque al derecho fundamental consagrado en el Art. 13 GG. La norma constitucional no admitiría, por otro lado, más limitaciones que las previstas en los apartados II (registro, en principio sólo realizable por el juez) y III, (posibilidad de restricción del derecho para evitar un peligro común o para la vida humana, o con otros fines preventivos), ninguna de las cuales puede abarcar el caso del § 110c: en el primer supuesto, porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como "registro", dado su carácter subrepticio; en el segundo, porque un derecho fundamental con una "reserva legislativa calificada", como lo es el art. 13 GG, no toleraría una limitación complementaria mediante la apelación a un (no escrito) límite de un "derecho constitucional en pugna", como sería el caso frente a una eventual invocación a la "capacidad funcional de la administración de justicia penal" (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*) como valor concurrente, y también de rango constitucional. Por otro lado, las

limitaciones previstas en el Art. 13 III GG tienen todo carácter preventivo, y no podrían, por lo tanto, ser aptas para fundamentar una actividad represiva como es la del AE. b) Particularmente complejo es el problema en torno a las "conversaciones similares a un interrogatorio, G0 que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado, y su eventual colisión con los §§ 136 y 136a StPO. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que -como resulta autoe-vidente-, el AE se encuentra en principio liberado del deber de advertencia consagrado en el § 136. Se ha sostenido, de todos modos -casi ingenuamente-, que el agente encubierto debe observar el principio "nemo tenetur se ipsum accusare" en las conversaciones que realice. Se señala también, sin más, que él debe durante su actividad atender al § 136a, StPO, aunque sin analizar, precisamente, la compatibilidad de dicha norma con la posibilidad misma de que el AE lleve a cabo interrogatorios.

La principal pregunta a responder se refiere a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el AE mediante un "diálogo similar a un interrogatorio", llevado a cabo sin la previa advertencia prescripta por el § 136 párr. 1, StPO. Una opinión se inclina por la plena aprovechabilidad de dicha información, apoyándose exclusivamente en el hecho de que el AE se encuentra liberado del deber de advertencia. La tesis contraria propugna la aplicación de una prohibición de valoración probatoria. Según este razonamiento, si se desprendieran de la omisión de la advertencia, en el caso de investigaciones encubiertas, consecuencias distintas a las establecidas en el caso de "indagaciones en descubierto", entonces el interés del imputado a un procedimiento en su contra acorde con el Estado de derecho, en el que no tiene que actuar como testigo contra sí mismo, se vería vulnerado: "el debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta". Para reafirmar

la concurrencia de una prohibición de valoración probatoria se sostiene, a su vez, que si el legislador hubiera deseado una modificación de dichas reglas, sería de esperar que él la hubiera regulado expresamente.

Cualquier tesis que pretenda dilucidar el problema tiene que comprender, necesariamente, una toma de posición determinada no sólo en relación al significado y alcance de los §§ 136 y 136a StPO en el procedimiento penal, sino también en cuanto al rango de dichas normas. Para decirlo más claramente: si se considera, en el caso que se discute aquí, que el § 136 StPO es una norma de carácter ordinario, entonces su eventual colisión con las normas que regulan la actividad del AE es sólo un problema de concurrencia de normas, y, como tal, solucionable a través de los principios *lex posterioris* y *lex specialis*, y nada modifica, en este sentido, el hecho de que el legislador no haya regulado expresamente semejante excepción al campo de aplicación del § 136. Esta argumentación, sin embargo, contradiría no sólo la opinión dominante de la dogmática, sino también la última jurisprudencia del BGH al respecto -producto de la crítica sostenida de la doctrina-, según la cual el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo (*Schweigerecht*), principio que el tribunal deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso. Si se considera al "nerao tenetur" como un principio rector del procedimiento penal, que limita el marco de actuación de los órganos encargados de la persecución penal -fundado en premisas constitucionales y en el respeto a disposiciones internacionales en materia de derechos humanos-, entonces el eventual desplazamiento parcial implícito del § 136 StPO por las reglas referidas al agente encubierto no puede ser

sostenido, ya que es precisamente esta norma la que regula la aplicación práctica de la máxima, reforzada, a su vez, por el § 136a (métodos prohibidos para el interrogatorio).

Una segunda argumentación posible sería sostener que aquellas "conversaciones" que el AE lleve a cabo con el imputado (o con testigos), no constituyen "interrogatorio", y, por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones del § 136. El BGH ha dejado la puerta abierta para ello, al limitar el ámbito de aplicación del § 136, excluyendo de él los, así llamados, "cuestionarios informales" llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, "se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio". Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria en el caso de declaraciones frente a un "undercover agent", obviamente sin la previa advertencia (Warning) exigida por la Corte a partir del ya célebre fallo *Miranda v. Arizona* con el fin de garantizar la vigencia del principio "nemo tenetur..." consagrado en la V Enmienda (privilege against self-incrimination): según la Corte, "Miranda..." sólo es de aplicación al caso de "custodial interrogation", lo que significa un interrogatorio llevado a cabo por oficiales de la policía sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de acción de un modo significativo. Sobre esta base, la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria en un caso en el cual el imputado, detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un AE) el homicidio que había cometido. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en "Miranda..." radica en que el imputado se sentirá

compelido a hablar si se encuentra en una "police-dominated atmosphere"; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien -erróneamente- cree un compañero: la "atmósfera coercitiva" no se encuentra aquí presente.

Esta tesis, sin embargo, no es compatible con la estructura normativa vigente de la StPO. Como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: "el derecho procesal penal clásico no conoce casos de 'interrogatorios encubiertos'...". Sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas por la StPO puede ser considerado un interrogatorio admisible, y sólo entonces es posible la valoración de la información de este modo obtenida. Una "conversación similar a un interrogatorio" llevada a cabo (sin advertencia previa) por el AE sólo podría conducir, entonces, a una prohibición de valoración probatoria, c) Existe consenso -de lege lata- en cuanto a que el AE no puede cometer delitos durante la intervención. En el caso de que esto suceda (por ej., debido a la llamada "prueba de fidelidad"), se ha admitido la posibilidad de que la acción se vea justificada según el § 34 StGB (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada conforme al § 35 StGB (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales. El problema excede el marco de este trabajo; sin embargo, resulta necesario formular algunas observaciones. En primer lugar, es importante advertir sobre el peligro que entrañaría admitir dentro de la ponderación de valores inherente ya al estado de necesidad justificante, ya al disculpante, otros

valores distintos a los representados por los bienes jurídicos (individuales o colectivos) en juego, como sucedería si se propugnara la aplicación del § 34 StGB en un caso en que el AE sacrifica un bien jurídico "x" para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto para un bien jurídico vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta "capacidad funcional de la administración de justicia penal". Ello sería de dudosa compatibilidad con un derecho penal aún hoy orientado, fundamentalmente, a la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el carácter de miembro de la policía del AE restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación tanto del § 34 como del § 35 StGB, sobre todo en el ámbito de la omisión del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos: en el primer caso, porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales deben "para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad" si vulneran este deber. En el caso del §35, la existencia de un deber institucional colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la cláusula de exigibilidad.

d) Otro punto a dilucidar es si las reformas introducidas a la StPO a través de la OrKG abarcan a las "Locksptizelpraxis", es decir, a la provocación de delitos por parte de miembros de la policía, y si, por consiguiente, las nuevas normas brindan algún punto de apoyo a estas prácticas. La cuestión no es clara: las modificaciones a la StPO se han limitado a regular los presupuestos de la intervención del AE, pero, salvo unos pocos casos, no se han extendido a determinar las acciones que son admisibles en el marco de su actividad. Existen, sin embargo, argumentos para rechazar

dicha posibilidad: la intervención de un AE requiere que "un hecho punible de considerable significado haya sido cometido", según el § 110a StPO. Ello supone, al menos, la existencia -o la sospecha de- un comienzo de ejecución. En el caso del agent provocateur, el delito, antes de su intervención, no existe en el mundo: es él - como inductor-, el que lo "crea". Es por ello correcta la afirmación de que "el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V", aunque con ella se persiga reducir la práctica de provocación exclusivamente a un problema del § 26 StGB (instigación). A este argumento hay que agregarle la elección del legislador acerca del catálogo normativo apropiado para regular la actividad del AE (StPO): en efecto, las reglas de procedimiento penal presuponen, necesariamente, la existencia de la sospecha de un hecho punible a investigar (del mismo modo que el derecho procesal penal presupone la existencia del derecho penal material (carácter secundario), y se limitan a determinar cómo dicha investigación debe ser llevada a cabo. La reforma a la StPO nada nuevo puede aportar, por lo tanto, a la discusión en torno a la admisibilidad de las prácticas de provocación, *lato sensu*, ni al problema más concreto de la punibilidad tanto del provocador como del provocado.

III. El agente encubierto en la legislación argentina

La ley 24.424 (sancionada el 7.12.94; promulgada el 2.1.95) ha modificado la ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes), incorporando trece nuevos artículos a su texto, cinco de ellos referidos al, hasta ahora desconocido para la legislación argentina, agente encubierto. La elección de una ley especial, complementaria al Código Penal, para la regulación de la actividad

del agente encubierto ya es, de por sí, cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la ley 23.737 fija en su art. 34 la competencia de la justicia federal para entender en los delitos por ella previstos, y, por lo tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento -aunque criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa- no presenta problemas de admisibilidad constitucional, ello ya demuestra la escasa atención que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (CPP).

Comparada a la reglamentación prevista en el nuevo texto de la StPO, en cuyo favor, y a pesar de los numerosos problemas que presenta, se puede decir que ella pretende, al menos, una regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto, la modificación al texto de la ley 23.737 resulta peligrosamente pobre. El incorporado art. 31 bis, única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un AE, se limita a señalar los delitos que permiten su actuación (el catálogo previsto en la misma ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes, aun con fines de consumo personal -art. 14-, o de elementos para su producción -art. 5o-, y el delito de contrabando de estupefacientes previsto en el art. 866 del Código Aduanero), y a establecer, también, una cláusula de subsidiariedad ("...si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo..."). La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición *sine qua non* para la actuación de un AE no surge con toda la claridad necesaria de la ambigua fórmula adoptada: "...durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta

ley o en el art. 886 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios...". Los últimos dos supuestos requieren, como resulta obvio, un comienzo de ejecución del hecho punible. El primer problema radica en la expresión "...a los efectos de comprobar la comisión de algún delito...", cuya amplitud podría acarrear problemas de interpretación y permitir una intervención del AE totalmente desvinculada de una sospecha concreta de comisión de un delito, es decir, con carácter preventivo. La fórmula debe, sin embargo, ser interpretada en forma análoga a la prevista en el CPP, 193 Io (finalidad de la instrucción): "comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad". Se trata, por lo tanto, de investigar si un hecho concreto (o pluralidad de ellos) que ha puesto en funcionamiento los engranajes del sistema de enjuiciamiento penal -y es, por lo tanto, preexistente temporalmente a la actividad estatal de investigación-efectivamente ha ocurrido como acontecimiento histórico, y si en él concurren los presupuestos necesarios para que pueda ser considerado delito. El segundo caso que permite la utilización de agentes encubiertos ("a los efectos...de impedir su consumación") debe, a su vez, ser interpretado en forma restrictiva: es claro que también "impide la consumación" quien, interviniendo durante la etapa previa al comienzo de ejecución del hecho (actos preparatorios) frustra la realización del plan del autor. Sin embargo, una intervención de esta naturaleza sólo es posible allí donde la ley penal haya tipificado expresamente los actos preparatorios, los cuales, de otro modo, permanecen impunes, y no permiten, en consecuencia, fundamentar ningún tipo de injerencia estatal en lo que todavía constituye exclusivamente un ámbito privado interno -no

exteriorizado- del sujeto actuante. Aquí también se debe recurrir a las reglas del CPP para lograr una interpretación armónica, en este caso al art. 183, que establece como una de las funciones de la policía y fuerzas de seguridad el "impedir que los hechos cometidos [aquí, el comienzo de ejecución, y con ello la tentativa, ya sea acabada o inacabada] sean llevados a consecuencias ulteriores [resultado, consumación]". En este único sentido es posible hablar de una actividad preventiva del AE, a la cual siempre subyace, de todos modos, la sospecha de un comienzo de ejecución del hecho.

Sólo esta interpretación de las nuevas normas resulta, por otro lado, compatible con la estructura misma del procedimiento penal argentino. El juez interviniente únicamente podría autorizar la intervención de un AE en el marco de un procedimiento penal en curso, lo cual presupone necesariamente por lo menos la existencia de una sospecha de la comisión de un delito⁸⁵ (CPP, 195, 188, 186 y cc.). Si no se hubiera iniciado un procedimiento penal, y la policía solicitara al juez de turno la autorización para la actuación de un AE, ello nunca podría ser realizado en forma aislada: el juez debería iniciar la instrucción a partir de dicha solicitud, según lo prescripto por los arts. 186 y 195, CPP , para lo cual rige el mismo presupuesto.

Un último problema a discutir en torno a los presupuestos de la intervención del AE radica en la gran variedad de delitos previstos en la ley 23.737, y en la ausencia de todo tipo de diferenciación por parte del legislador argentino en este ámbito. Consecuencia de ello es que, por ejemplo, la mera tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal -punible según el art. 14, párr. 2o- permite, en principio, la utilización de agentes encubiertos. La cláusula de subsidiariedad prevista debería jugar algún papel como

límite, ya que seguramente será difícil de sostener en casos de este tipo que "las finalidades de la investigación" no puedan ser logradas de otro modo. Ello, sin embargo, resulta insuficiente como sistema de control. La proporcionalidad entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe, por consiguiente, ser uno de los principios rectores en la aplicación de las normas en juego.

La decisión acerca de la intervención de un AE corresponde al juez de instrucción que entienda en el caso (ley 23.737, art. 31 bis). El ministerio público, no juega, en principio, ningún papel en el proceso de intervención.

En cuanto a las actividades permitidas al AE, la norma se limita a señalar que los integrantes de las fuerzas de seguridad se encuentran facultados para introducirse "en organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero", y para participar "en la realización de alguno de los hechos" descritos en ambas leyes (art. 31 bis, incs. a y b). Fuera de ello, no existe ningún tipo de regulación acerca de las acciones que el AE puede llevar a cabo; aquí también se plantea -e incluso con mayor violencia- el problema en torno a la protección constitucional del domicilio (CN, 18). La ausencia de toda referencia a la posibilidad de que el AE ingrese en domicilios privados obedece, seguramente, a que el legislador creyó implícita la facultad en el texto de la norma. Ello, sin embargo, no resulta tolerable desde la perspectiva del programa de garantías individuales previsto en la CN, ni en su recepción -razonable, aunque incompleta- en la legislación procesal penal nacional.



Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado, al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia. Poco quedaría de la garantía si se considerara que el Estado se encuentra libre de todo límite para ingresar en la vivienda de particulares una vez que un juez ha firmado una resolución de contenido excesivamente general (no dirigida necesariamente contra un imputado determinado, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar), autorizando la intervención -amplia- de un agente encubierto. Aquí, por otra parte, el eventual "consentimiento" del afectado tampoco juega papel alguno, ni siquiera en relación a la infracción al CP, 151 (violación de domicilio realizado por funcionario público): para la ley procesal (CPP, 225) el consentimiento sólo interviene frente a un allanamiento regular -es decir, ordenado por resolución fundada de un juez (CPP, 224), la que debe ser notificada a la persona que habite en la morada a registrar (CPP, 228)- pero realizado fuera de la franja temporal establecida ("desde que salga hasta que se ponga el sol"). Además de ello, sólo una interpretación sumamente generosa para con la capacidad de intervención del Estado en la esfera íntima de los ciudadanos podría sostener que un texto normativo que nada dice en cuanto al derecho constitucional en juego, debe ser entendido como regulación complementaria de la garantía. Es claro que un ataque en el círculo de derechos constitucionalmente garantizados requiere, como primer presupuesto para su admisibilidad, una norma específica que lo establezca y reglamente. Por lo tanto, el régimen previsto en el CPP nacional para el allanamiento domiciliario abarca también la actividad de

los AE; la inobservancia del procedimiento establecido en el CPP debe conducir a la no admisión (ni valoración) en el procedimiento penal de la información irregularmente obtenida.

La cuestión de las conversaciones semejantes a un interrogatorio, o con fines de recabar información de cargo, que realice el AE con la persona bajo sospecha surge también aquí, como consecuencia inevitable del imperio del principio "nemo tenetur...", consagrado en la CN, 18 ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"), y reforzado ahora con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 8, 2o, g) y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 14, 3o, g) por la reforma parcial de la CN de 1994. La garantía ha sido correctamente regulada por el CPP (294 y ss.): el imputado es libre de abstenerse de declarar, y debe ser informado sobre este derecho (CPP, 296 y 298), y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él (CPP, 296 y 298).

Cualquier otro método de interrogatorio del imputado ("encubierto" o "descubierto") resulta inadmisibles contemplado desde el atalaya constitucional: "sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación)". Ello significa que la información obtenida por el AE mediante "interrogatorios informales" no puede ser valorada en un procedimiento penal, menos aún recurriendo a la ya vieja trampa de permitir la declaración como simple testigo del

interrogador, prohibición que abarca tanto a la eventual prueba inmediatamente obtenida a partir de dichos del imputado (por ejemplo, su confesión), como a la mediata (el botín encontrado mediante dicha información) -efecto extensivo, o doctrina del fruto del árbol venenoso (fruit of the poisonous tree doctrine).

Merece ser señalada, para concluir, la solución que el legislador argentino -mucho menos cauteloso que su par alemán sobre las consecuencias de sus decisiones- ha encontrado para la eventual comisión de delitos por parte del agente encubierto. El nuevo art. 31 ter consagra una excusa absolutoria amplísima, mediante la cual el AE puede sacrificar durante su actuación, si se ve "compelido a incurrir en un delito", un enorme número de bienes jurídicos, con la única limitación de que el delito en sí "no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral [?] a otro". La oscuridad de la fórmula (¿Cuándo el peligro se torna "cierto"? ¿A partir de qué punto el sufrimiento -físico o moral- es "grave"?) la vuelve ya *ab initio* inútil como criterio limitativo. Las consecuencias de una "carta blanca" semejante otorgada a las fuerzas policiales son peligrosas en cualquier país del mundo; en un país que, como la Argentina, aún no ha conseguido librarse definitivamente de su tradición autoritaria, ellas pueden resultar trágicas.

IV. Algunas conclusiones

A lo largo de estas páginas se ha procurado describir, sintéticamente, el funcionamiento de las normas en la legislación procesal penal alemana y argentina que regulan la actividad del AE,

y los presupuestos de su actuación. Se ha señalado, además, la colisión entre importantes aspectos de ambas regulaciones con los clásicos principios liberales del procedimiento penal. Esta colisión es, en verdad, inevitable. La introducción de métodos "encubiertos" o "secretos" para la averiguación de la verdad es un cuerpo extraño en aquellos catálogos normativos que, producto de la recepción legislativa decimonónica del ideario iluminista, presuponen la actuación "a cara descubierta" de los órganos encargados de la persecución penal, sobre todo tratándose de ataques a la esfera de derechos de los ciudadanos y que regulan minuciosamente las excepciones a dicha regla. Los casos en los cuales el derecho procesal penal tradicional reconoce métodos "secretos" o "encubiertos" para la averiguación de la verdad -como, por ejemplo, la intervención de correspondencia, § 99, StPO, CPP nacional, 234 y 235- implican sólo ataques puntuales en la esfera privada de los ciudadanos, y no pretenden, como sucede con el agente encubierto, una presencia continua -aunque se encuentre limitada temporalmente- de la persecución penal estatal en dicho ámbito.

La adopción de estos métodos significa un abandono -tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia- de los viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su reemplazo por nuevos puntos de partida: de un derecho penal y procesal penal fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos y, de admitir al delincuente como parte en el contrato social, se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. En el ámbito del derecho penal material, ello ha conducido a una significativa ampliación de los delitos de peligro abstracto, avanzando hacia los actos preparatorios,

históricamente impunes para el derecho penal liberal: "el autor carece de esfera privada, de un ámbito de comportamiento aún no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, con otras palabras, enemigo del bien jurídico". El ámbito de intervención es el mismo: tráfico y comercio de estupefacientes, delitos contra la seguridad del Estado, tráfico de armas. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del "derecho penal del ciudadano"; el "derecho procesal penal encubierto" no es otra cosa que el correlato formal del "derecho penal del enemigo".

A esta argumentación crítica se le podría contraponer el desarrollo de la delincuencia, su complejización, y, por ende, la necesidad del sistema penal de brindar nuevas respuestas. Ello, sin embargo, nada dice en cuanto a los costos que estas "nuevas respuestas" representan para los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, acota el marco de las reacciones posibles exclusivamente al plano de la represión, evitando (acaso deliberadamente) la discusión político-criminal sobre otras -más imaginativas- propuestas de solución. Al mismo tiempo, la ausencia de todo criterio sistemático en un legislador que parece exclusivamente preocupado en mostrar algún tipo de iniciativa frente a una opinión pública cada vez más sensibilizada, convierte a la tarea de interpretar racionalmente estas nuevas reglas en una misión casi imposible.

En el caso concreto de la admisibilidad del AE como nuevo protagonista del procedimiento penal, y como el lector ya habrá podido advertir, el intérprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática: si intenta armonizar la actividad del AE con los principios fundamentales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto

enormemente limitado en su capacidad real de actuación, a punto tal que, salvo en lo que al uso de la identidad falsa se refiere, no diferirá sustancialmente de un policía común; si, por el contrario, se inclina por potenciar la capacidad funcional del AE, el precio a pagar por ello es altísimo. La vigencia de principios fundamentales del Estado de derecho, rectores de la persecución penal estatal, se diluye casi por completo, y las reglas del procedimiento penal ya no juegan prácticamente ningún papel como "formas protectoras", cediendo el paso a la desformalización característica del procedimiento penal en estados policiales. La coexistencia pacífica de ambos sistemas ("tradicional" y "encubierto"), al menos con los modelos normativos hasta ahora intentados, no parece posible.

La jurisprudencia sobre el punto, tanto en Alemania como en Argentina, no resulta nada tranquilizadora. Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal "eficiente", los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales, y estar dispuestos a ir aún más lejos que el legislador. De los dos caminos arriba señalados, tanto la jurisprudencia alemana como la argentina muestran ya su inclinación por el segundo, acaso sin advertir que de esta decisión depende, en buena medida, la reafirmación de las garantías republicanas como límites infranqueables de la persecución estatal, o la cada vez más posible construcción sobre las ruinas del Estado de derecho de un nuevo, secreto y omnipresente Leviathan.



[DUARTES] ^{iv}

EL AGENTE ENCUBIERTO EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

Nociones preliminares

Cuando se investiga la comisión de un delito de drogas, que son delincuencias que crean estado, la lógica nos dice que en virtud del principio de libertad probatoria, deben utilizarse mecanismos no ilegales para descubrirlos.

Ese tipo de negocios es cerrado, se da entre traficantes o narcómanos. Para poder poner en descubierto la actividad delictiva, las distintas policías del mundo, han ideado la figura del agente encubierto, que antaño fue desconocida en nuestra legislación. pero admitida como legítima por la jurisprudencia. No es sino en la actual ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, N° 7786 (Capítulo IV), que se le regula por esta materia.

El agente encubierto, ha sido muchas veces confundido con el agente provocador. Para poder hablar del agente encubierto y de su diferencia con el provocador, es preciso analizar temas conexos, como por ejemplo, la definición de lo que son las operaciones controladas de compra de droga.

I. Las operaciones controladas de compra de droga

Existen operaciones antinarcóticos, en las cuales se hace una

compra de gran cantidad de estupefacientes. en estos casos, la prueba material incautada a los mercaderes del vicio, por parte de los agentes, es aplastante.

La situación se complica cuando la venta es en cantidades sucesivas. En tales supuestos, surgen una serie de indicios que delatan la actividad del tráfico de drogas, que las autoridades toman como punto de partida para sus investigaciones: 1. Las informaciones confidenciales, que suelen recibirse de policías uniformados, de llamadas anónimas. de quejas de vecinos, etc.; 2. La vigilancia, donde se detectan llegadas frecuentes de personas extrañas al lugar, con perfil homogéneo de consumidores o no, o reconocidas por la policía como adictos, etc.; 3. El ulterior intercambio de manos, propio de la actividad crematística (entrega de dinero a cambio de droga) y, en ocasiones, la súbita prosperidad económica del sospechoso, a quien no se le conocen herencias, ni fortunas recibidas en forma aleatoria.

Esos datos, cuando los conoce el equipo antinarcóticos, monta de inmediato un operativo de vigilancia, seguido envían a un oficial o a un colaborador (llámese informante o no. aunque por muchas razones que no son del caso explicar, disentimos del criterio usado por la ley de psicotrópicos para que haga una pequeña compra de drogas y así se confirmarán las sospechas de que efectivamente se vende droga, a esta confirmación, se suman los restantes indicios. Al final, posterior a esa compra u otra más. que en realidad, no son necesarias tantas, se procede a identificar billetes por medio del Juez (actividad que tampoco está descrita en la ley, pero son medios de garantizar la pureza de la prueba, con base en las reglas de la libertad probatoria). Esos billetes, los entrega la Policía o el Ministerio Público al encubierto (particular o no), para que

haga la compra final. En algunas ocasiones, el delito se desarrolla dentro de un negocio comercio o una casa de habitación, actividad, en la cual, pueden estar involucradas terceras personas cuya identidad y participación, no está plenamente corroborada por la policía, pero, ocurre con frecuencia, y en esto apelamos a la experiencia, que pese a que las compras controladas se le han venido haciendo a una sola persona, en el operativo final, es otra la que vende. En tales supuestos, los billetes tendrán como finalidad poner al tapete a ese segundo o tercero, sumándose a la restante prueba indiciaria y comprometiendo al vendedor originario, es decir, al que estaba en el ojo de la policía.

La forma de hacer compras, puede ser de este modo: 1. Que un oficial de la policía se infiltre y lo haga directamente, 2. Que un colaborador lo haga y le cuenta a la policía los pormenores del suceso y; 3. Que la policía envíe a uno de estos colaboradores, lo siga y observe la transacción. En el caso en el que un agente de la policía compra los narcóticos, lo involucra directamente. Este tipo de casos es ideal para el enjuiciamiento porque el narcotraficante le ha vendido droga directamente a un policía vestido de paisano. Este hecho, por lo general, convence a los tribunales sin hacer, desde luego, referencia al caso concreto. Generalmente, la única forma en que esta clase de casos se puedan caer (en juicio), es porque se hayan utilizado métodos fraudulentos o ilegales.

Cuando interviene el informante, por lo regular, ellos están involucrados en la misma actividad delictiva, por eso, en ocasiones, el testimonio del informante, estaría en contra de la palabra del acusado.

En el último de los casos, es cuando el informante va y compra la

droga y esa compra es observada por la policía. En estos casos, como en el primero citado, los oficiales de policía se convierten en testigos directos de la negociación y no de oídas, tal y como lo ha admitido la Sala Constitucional en sentencia 7079-97 y la Sala Tercera en voto 398 de 16,35 hrs 29 de abril de 1997. Estas operaciones de compra, se pueden clasificar con referencia a la estrategia de arresto. Puede que la policía haga una sola compra y arreste de inmediato al sospechoso o bien comprar droga, documentarla y marcharse.

II El agente provocador y el agente encubierto

El agente provocador, en una antigua jurisprudencia de la Sala Tercera (No. 181-F de 8:40 hrs 17 de julio de 1987) fue tratado de este modo: "... El artículo 3 de la Ley Orgánica de Investigación Judicial (sic),... establece que los oficiales de este cuerpo están en el deber de investigar por iniciativa propia los delitos de acción pública, así como también debe impedir que los delitos sean llevados a consecuencias ulteriores, pero esa norma no los faculta a generar y provocar una conducta supuestamente delictiva en los ciudadanos.". En un fallo reciente, puntualizó que existe esta figura (provocación), cuando: "... una persona, sea policía o actuando en nombre de ella, determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurren en un delito que probablemente no se había propuesto realizar con anterioridad, para lo cual puede infiltrarse en una organización manteniendo contacto permanente con las personas que va a inducir o bien tener simple contacto con ellas de manera ocasional, existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el individuo no se había planteado consumir con anterioridad.." (Sala III N° 22-F, 9,20 hrs, 20 de enero de 1995).



Es decir, el agente provocador, es aquel que lleva al ciudadano a cometer su primer delito. Se excluye todo comportamiento anterior, facilita todas las comodidades para que una persona cometa delito, incluso ofreciéndoles sin que haya notado un comportamiento anterior de esa naturaleza.

La doctrina estima que se trata de "... el participante en el hecho delictivo cuya finalidad, no es la consumación del delito en cuanto tal, sino llevar a su autor a proceso y someterlo a pena. Tal tipo de participante puede hallársele tanto en concurso facultativo como en la participación necesaria." (Castillo, Francisco. El agente provocador, Rev. Judicial, No. 16, año IV, junio 1980). Continuando con la explicación de lo que no es la provocación, la doctrina española del Tribunal Supremo, Sala Segunda (13 de julio de 1995), sienta que: " (...) No es provocación la acción policial que se limita a poner al descubierto un delito que ya se estaba cometiendo como lo es la tenencia previa con destino al tráfico, ya que esta actividad supone una continuidad de acción, disponiendo de las sustancias correspondientes (delito de peligro potencial abstracto) que se manifiestan cada vez que se presenta un cliente y si la Policía es solo un cliente más, cuya petición da lugar a una venta más provatoria de su habitualidad, no hay provocación al delito, hay descubrimiento del mismo que si ese cliente no se hubiera presentado existiría lo mismo, a la espera de la llegada de otro."

La provocación es entonces la instigación policial. Es tratar de dar vida al delito, encaminándose a facilitar su afloramiento, a impulsar las actuaciones del presunto infractor hasta el primer plano de las realidades sensibles y de las comprobaciones materiales.

El agente encubierto: Es el policía o quien actúa en su nombre, para poner en descubierto una actividad delictiva que se está generando, se infiltra como participante, pudiéndose hallar tanto en concurso facultativo como en la participación necesaria. Supuesto harto frecuente en los delitos de tracto sucesivo y, de modo particular, en los de tráfico de drogas y estupefacientes, en los que los 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 la decidida y permanente voluntad tendencia! en proscribible ánimo de lucro, se hallan dispuestas, con 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. El agente encubierto, "no está provocando la consumación del delito ..." (Sala III, V. 230F 10, hrs 28 de agosto de 1987), ni "... inducen a la conducta ilícita ..." (Ibídem) y los hechos son reales, no un experimento que fabrica la policía. (Sala III V. 105F, 20 hrs junio 1987) El agente encubierto puede ser además, un policía extranjero, siempre y cuando lo autorice el Juez y ajustado a los lineamientos de la Convención de Viena sobre Tráfico de drogas. (Sala IV V. 5917-96).

Antes de la promulgación de la ley 7786, no existía norma expresa que regulara la actividad del agente encubierto. Se había admitido jurisprudencialmente, por ser uno de los métodos de búsqueda de la verdad real, en un sistema de libertad probatoria. En el derecho comprado, se conoce y diferencia claramente la figura del agente provocador. En el ordenamiento francés, no existía, hasta hace



poco, una regulación expresa y la jurisprudencia venía resolviendo el tema con alguna ambigüedad, distinguiendo entre provocación lícita e ilícita. (García Valdés, Carlos. El agente provocador en el tráfico de drogas. Tecnos, Madrid, 1996, pág.23).

En Alemania, ha existido sólo prevención normativa expresa (Leyes 28 de julio de 1981 y 15 de julio de 1992) de una figura semejante al agente provocador en la legislación sobre el terrorismo y sobre drogas, a través de las figuras del informador, el confidente (V-Person) y el "Investigador secreto" (verdeckter Ermittler), funcionarios de policía particularmente adiestrados que entran en contacto con el ambiente criminal a los efectos de investigar los delitos, y cuya identidad se mantiene secreta en el proceso penal. (Cfr. García Valdés, Op. Cit.p.24).

En Italia, finalmente se ha recogido expresamente al agente provocador en la ley de 26 de junio de 1990, N° 162, texto único de actualización de la legislación referente a los delitos relativos a estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 25), que regula la figura de la adquisición simulada de drogas, cuya virtud, se declara la no punibilidad de los agentes de la Policía Judicial adscritos a la unidad especializada antidroga.

La ley francesa de 14 de enero de 1992, introduce la figura del infiltrado en materia relativa al tráfico de drogas. Otros modelos de menos transcendencia son los del código penal griego de 17 de agosto de 1950, que establece una rebaja de pena al agente provocador, tendencia confirmada por ley de 22 de diciembre de 1992, sobre la ausencia de penalidad del agente provocador, y el artículo 8 del Código Penal de Uruguay de 4 de diciembre de 1933, que considera impune el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo

la convicción de ser delictivo, y el hecho delictivo provocado por la autoridad para conseguir su represión. Se utiliza en ciertos casos al Juez, no obstante, para adoptar medidas de seguridad.

Ahora bien, en la jurisprudencia nacional, se ha creado una discusión a partir de una sentencia dictada por la Sala Constitucional, que confunde solamente el nomen iuris, del agente encubierto, llamándole delito experimental, cuando este último va de la mano con el concepto de agente provocador. (Sala Constitucional No. 277-94 et alii). Es decir, llaman delito experimental, al delito provocado. Agente encubierto es otra cosa, según tuvimos la oportunidad de ver. De la lectura del citado fallo, se llega a la conclusión de que la Sala Constitucional, llama al agente encubierto, agente provocador. Lo más severo, es que el Tribunal Constitucional, dice que "una compra experimental" (encubierto pudo haber dicho), no puede fundar una condena. Los Tribunales de Justicia, así lo llegaron a comprender, de modo que se encuentran fallos que la citan, como una regla genérica, para restarle valor a los operaciones controladas de compra de drogas (Cfr. Tribunal Superior Penal de Pérez Zeiedón, No. 85-97 y 98-95). Esto desde luego vendría a contrariar el sistema de valoración de la prueba, que rige el proceso penal, que no es tasado, sino con base en la sana crítica.

La Sala Tercera, dijo que era preciso aclarar y nunca confundir, los términos de provocador y encubierto (Cfr. V. 22-F-95 de 09,20 hrs 20-01-1995) y en una sentencia más elaborada, sin contradecir la posición de su homóloga constitucional (es decir los votos de la Sala IV números 477-94 y la 1169-94), puntualizada; ...y aún cuando dicha sala denomine ello como "delito experimental lo cierto es que se trataría sólo de una nomenclatura que no puede conducirse a

desconocer ese procedimiento, en los términos señalados con anterioridad, como válidos y constitucionales en nuestro sistema de derecho (...). Para tales efectos debe tomarse en cuenta que al señalar la Sala Constitucional que la actividad del agente encubierto no puede constituir la prueba única, se está refiriendo lógicamente a que éste medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podamos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta. En otras palabras, no es suficiente con que un policía afirme que pudo llegar a comprarle droga a una persona para que deba concluirse con certeza que aquella persona se dedica al tráfico de drogas. Es necesario, además, corroborar que varios policías realizaron en efecto un operativo mediante el cual vigilaron por algún tiempo la casa del investigado, para apreciar si a ella se acercaban posibles compradores de droga, y luego con billetes previamente marcados por la autoridad se envían a una persona encubierta para adquirir droga, para posteriormente realizar una diligencia de allanamiento, previa orden de autoridad jurisdiccional, donde confirma aquella indicación del agente encubierto, ya sea por el decomiso de droga, del dinero marcado y de otras evidencias que señalen que aquel sujeto se dedicaba a la acción específica de las que componen ese conjunto puede constituir por sí mismo un delito consumado..." (Sala III, V. 20-F-95 09,10 hrs 20-01-1995).

III. Sobre el valor probatorio de las operaciones controladas de compra de droga

Las varias compras controladas que se realicen a un persona, tienen una finalidad probatoria, se aneja al eslabón probatorio. Cada

compra, podría constituir un indicio, sin que afirmemos con esto, que tenga la naturaleza de prueba indiciaria, pues puede llegar a ser prueba única, o ya que en virtud del principio de libertad probatoria, no pueden haber elementos con valor predeterminado.

Esas varias compras, no constituyen delitos independientes (Cfr. Sala III V. 301 de 9,55hrs 4-04-1997, V. 191 de 3-05-1996 y V. 190-F de 8,35 hrs 03-05-1996), aunque esta postura es reciente, así antes consideró que cada uno constituía un delito independiente que entraban en concurso (Cfr. Sala III V. 315-F-95 de 11, 30 hrs 30-05-1995). Las operaciones controladas de compra de drogas, no son sino, elementos probatorios o indicios de una cadena que debe ser demostrada. La compra controlada, podría ser indicio al que deben sumarse otros de importancia, según ha expresado atinadamente la jurisprudencia del tribunal de cúspide: "...Recordemos al respecto que los informes confidenciales así como el resultado de la vigilancia ("fijos"), efectuada por los elementos policiales, constituyen indicios de la actividad ilícita desplegada, que junto con la venta que se verificó e independientemente de la cantidad de droga localizada en la casa de habitación o la ausencia de otros objetos propicios para facilitar la venta, permiten arrojar a la conclusión de que los imputados se dedicaban a vender cocaína en pequeñas cantidades. Por último, la participación de un colaborador -contrario a lo señalado en el recurso -tampoco descarta la realización del delito pues lo que permitió fue constatar la actividad ilícita que ya venían realizando los imputados (...) Efectivamente, el Tribunal señala como un indicio más de la responsabilidad de los encartados, la existencia de informes policiales que refieren la venta de drogas en la vivienda de aquellos, así como logra determinar que al lugar llegaban drogadictos que permanecían por poco tiempo; sin embargo, no sólo

por ese indicio que se dispuso la condena como parece interpretar el recurrente, sino más bien porque contando con ellos se practicó un operativo policial en el sitio y mediante la participación de J.A.A.E. a quien los coencartados vendieron una pajilla conteniendo cocaína, lograron constatar la venta y por ende la actividad ilícita desplegada en el sitio." (Sala III V. 13-F-95 9,15 hrs 13 de enero de 1995).

IV. El agente encubierto en el derecho positivo en Costa Rica

Como habíamos adelantado, el agente encubierto fue admitido jurisprudencialmente como una práctica legítima. Era un medio de prueba legítimo que se podía valorar por el tribunal, de acuerdo con el sistema de prueba libre.

En la actualidad, la Ley 7786 (publicada en el Alcance No. 15 a la Gaceta No. 93, de 15 de mayo de 1998), introduce tres artículos referidos a la actuación del agente encubierto.

El artículo 10, señala, en principio, que pueden infiltrarse a oficiales de policía, por exclusión, se entiende que no puede ser infiltrado un particular que trabaja para la policía.

En el artículo siguiente -11- se señala legislativamente que es lícito a la policía de servirse de colaboradores e informantes, debiendo mantenerse reserva sobre sus identidades. El colaborador o informante simple, no se involucra en acto de investigación, porque cuando se involucra se convierte en agente encubierto, es decir, alguien que por cuenta de la policía contribuye a la preconstitución de prueba contra el sospechoso, a menos que ese

informante no sepa que se trate de un manejo policial y sea un instrumento para llegar al sospechoso (vulgarmente conocido como gancho ciego).

Pero, este artículo señala la posibilidad de ser excluido de la persecución penal, si es detenido en el momento de comisión del delito. Eso significa que no se trata de un simple informante, sino de un agente encubierto, porque toma partida en juego que hace la policía, para poner al descubierto las actividades delictivas.

El agente encubierto, salvo lo dicho en casos de narcotráfico, que son por lo general todos de marcada gravedad, solo es comprensible en otras materias, en cuanto su intervención sea proporcional al hecho delictivo que se pretenda esclarecer (Sala Constitucional No. 7079-97).

V. La declaración del agente encubierto

Con lo que se lleva dicho, podría decirse que es agente encubierto, el miembro de la policía o quien actuando bajo las órdenes de la policía, ocultando su verdadero designio, busca infiltrarse en organizaciones criminales con la finalidad de recabar información y ponerlos al descubierto.

Dentro de la actividad delictiva que se investiga, el agente encubierto no puede cometer delitos, porque no se puede cometer un delito, con el pretexto de investigar otro, por ejemplo, que trasiego drogas.

Si lo que se desea es que cantidades de drogas pasen, sin ser

detenidas, con la finalidad de conocer su ruta, se utilizará entonces la figura de la entrega vigilada.

El hecho de que solo en materia de narcotráfico se haya creado legislativamente la figura del encubierto, no sólo significa que excluye las demás materias.

Ahora bien, uno de los principales problemas que se han venido enfrentando, es sobre el valor probatorio que tiene la declaración del agente encubierto. Otro, lo presenta el valor que tiene en el caso de que el agente encubierto ingrese a alguna vivienda o recinto privado, sin autorización del juez y cuando se haya en condición secreta.

Señala Guariglia, que existe una posición que justifica el ingreso sin orden, porque se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho de que las nuevas normas autorizan la incursión secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ella -y sin duda, de gran importancia la del ingreso en el domicilio particular). Otra tesis son el criterio de que se debe negar absoluta validez. Incluso, si el agente encubierto es un particular, no se legitima, porque: "... en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares." (Guariglia, pág. 19). Nosotros estimamos que no se trata de un ingreso fraudulento a la residencia o recintos privados de los ciudadanos, el ingreso que haga - bajo la simulación de identidad - el agente encubierto, por la sencilla razón de que por la naturaleza misma de dichas funciones, envuelve este tipo de casos y no se trata de un procedimiento persecutorio

formal.

Uno de los principales problemas que se ha creado alrededor del agente encubierto, es de si su declaración constituye o no, una violación al principio "nemo tenetur se ipsum accusare", consagrado en el artículo 36 de la Constitución Política.

Un sector ha sostenido que si el agente encubierto realiza un diálogo similar al interrogatorio, debe observar el principio de autoincriminación. Esta tesis ingenua, es atacada por otra que señala que la declaración del agente encubierto debe ser plenamente aprovechada y, aquel se encuentra liberado del deber de advertencia.

Esta posición se apoya en el criterio de que las conversaciones del agente encubierto y el sospechoso o sus testigos, no constituyen un interrogatorio y por lo tanto, no le son aplicables.

Conclusión

Las operaciones controladas de compra de droga, son medios probatorios. El valor que tienen, es el que las asigne el juez de acuerdo con la valoración que haga, con base en las reglas de la sana crítica. No hay razón para desmerecerles crédito. El provocador y el encubierto, no son la misma cosa, según vimos en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

Aunque la misma jurisprudencia extranjera, los confunda, se debe más que todo a un mal empleo del nomen iuris. Cuando se conoció el agente encubierto, se le llamó provocación. Se decía que la provocación, no era delictiva, porque no había dolo y se llegó a

fundamentar en normas de derecho sustantivo, antes que en normas de derecho procesal, lo que fue visto como un traslado abrupto al campo procesal de normas de derecho penal material, con el único fin de fundamentar un ataque estatal al ámbito de las garantías individuales.

Hoy, ya la figura del agente encubierto se haya regulada legalmente, sin que esto quiera decir, que antes su intervención fuese ilegal. Era una forma de investigar este tipo de delitos que se desarrollan en círculos cerrados, tipo organización, era legal, de modo bajo el sistemas de sana crítica, no había reparos.

Sin embargo, no ha sido bien entendido, se les ha rescatado crédito, creo sin razón alguna, pues si la Sala ha llamado la atención del Juez, en el sentido de que debe ser muy celoso en la apreciación de este tipo de pruebas, es un llamado general, más nunca, el de restarle crédito (Cfr. V. 5573-96).

El papel del Ministerio Público es limitado, pues puede autorizar la utilización del agente encubierto pero no puede obligar a la policía a utilizar esta táctica.

c) EL AGENTE PROVOCADOR

[CASTILLO GONZALEZ]^v



EL AGENTE PROVOCADOR

1. Por agente provocador se entiende, en sentido amplio, el participante en el hecho delictuoso cuya finalidad es, no la consumación del delito en cuanto tal, sino llevar a su autor a proceso y someterlo a pena. Tal tipo de participante puede encontrarse tanto en el concurso facultativo como en la participación necesaria.

Nosotros partimos, en el presente trabajo, de un concepto restringido de agente provocador: éste es el cómplice o instigador que, asumiendo el papel de participante en el concurso facultativo, no quiere ni acepta (si se produce) la consumación del delito. Para analizar el problema nos basamos en la teoría de la causación ("Verursachungs-theorie"), según la cual cómplice e instigador actúan culpablemente y son punibles por apoyar al autor o por hacer nacer en éste la resolución de realizar una acción típica y antijurídica. No lesionan, por tanto, la norma contenida en el tipo penal sino que concurren a lesionar, a través del apoyo al autor o la influencia psíquica sobre éste, la norma contenida en el tipo penal, que el autor lesiona.

El problema del agente provocador es, desde esta perspectiva, un problema de culpabilidad, que afecta únicamente al cómplice y al instigador.

2. El problema del agente provocador debe plantearse en los siguientes términos: ¿Es punible el policía que instiga a A, de quien se sospecha que es un delincuente habitual, a cometer un determinado delito, -por ejemplo, un hurto-, con la intención de

sorprenderlo o de que sea sorprendido por otros policías en el momento en que intenta consumar el delito, pero antes de lograr su consumación?

Dos posiciones se enfrentan en doctrina sobre el punto de saber si el policía del ejemplo es punible o impune. Dentro de cada una de estas posiciones hay diferentes corrientes de opinión, diferenciables según el fundamento que intentan dar a la punibilidad o impunidad del agente provocador.

I. LA TESIS DE LA PUNIBILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR.

3. Entre los partidarios de la punibilidad del agente provocador, como dijimos, se distinguen varias corrientes:

1. La tesis de la punibilidad a partir de la accesoriedad de la conducta del participante.

4. Una importante corriente doctrinal, dominante en Italia y España, afirma que no hay razón alguna para dejar impune al agente provocador. Desde el momento en que el agente provocador expuso el bien jurídico a peligro, por tentativa, el fin específico perseguido por él —llevar el delincuente ante los Tribunales— no hace desaparecer el dolo, ni tiene influencia alguna sobre la estructura del delito cometido. Según esta corriente, la tesis que afirma la impunidad del agente provocador es inexacta, porque no existe un dolo de tentativa, en tanto que el dolo del participante es necesariamente dolo de consumación. V aunque la intención del agente provocador estuviera dirigida, efectivamente, a la producción de un delito tentado, siempre hay una ofensa

jurídicamente relevante, por la cual debe responder.

Aunque partiendo de otros supuestos, tienen una posición semejante a la descrita por autores como Jescheck y Hurtado Pozo, quienes afirman la punibilidad del agente provocador en aquellos casos en los que el bien jurídico corra peligro. Más adelante nos referiremos a esta posición y daremos las razones de por qué creemos que es equivocada.

2. La punibilidad del agente provocador para los partidarios de fundamentar la punición de la participación en la conducción a culpabilidad.

5. Para algunos, la razón de castigar al participante no es que éste haya concurrido a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico tutelado, a través del autor, sino que, especialmente el instigador, condujo a aquél a culpabilidad y pena ("Schuldteilnahmetheorie"). Esta teoría de la participación, hoy día abandonada, se emparenta con el derecho penal de voluntad.

La razón de castigar al agente provocador la encuentran los partidarios de esta teoría en que corrompió al autor y lo condujo a culpabilidad y pena.

La solución que ofrece la teoría mencionada para el agente provocador es consecuencia de sus puntos de vista sobre el fundamento de la punición del participante. Del artículo 46 Cód. Pen. se deduce que el instigador no responde en el tanto en que corrompió al autor, como sería lógico si esta teoría de la participación fuera correcta, sino por el delito cometido por éste (principio de accesoriedad). Siendo, por consiguiente, falso el

punto de partida, y derivando de éste la solución que la teoría de la conducción a culpabilidad aporta al problema del agente provocador, hemos de concluir que también es falsa.

Esto, aparte de su origen antidemocrático, es incompatible con el derecho penal de un Estado de Derecho.

3. La posición de Stratenwerth.

6. Para Stratenwerth el agente provocador es punible, aunque no quiera la consumación del delito, por la tentativa realizada por el provocado.

Este autor rechaza la teoría de la punición del participante como conductor del autor a culpabilidad. Su punto de partida es la teoría de Welzel sobre la antijuridicidad personal ("personales Unrecht"); el agente provocador debe ser punible porque ha instigado a un hecho socialmente dañino y antijurídico. Si debe ser menos castigado que el delincuente "normal" por creer que podía evitar el resultado, o por pensar que éste no iba a producirse o perseguir el llevar a los Tribunales al delincuente, es cuestión de aplicación de la pena. Pero aun en la hipótesis de que el delito quede en estado de tentativa, el agente provocador ha realizado un hecho que contiene un ilícito penalmente relevante, reprochable y punible desde el punto de vista del desvalor de la acción ("Handlungsunwert").

La punibilidad del agente provocador descansa para Stratenwerth en el desvalor intrínseco de su acción de participante. Pero ¿puede diferenciarse esta posición de la de quienes también lo consideran punible por haber conducido al provocado a culpabilidad y pena? A

nosotros nos parece que no, si Stratenwerth parte de la doctrina welzeliana de la antijuridicidad personal, la cual implica, lógicamente, un rechazo de la visión de la participación como lesión o puesta en peligro, a través del autor, del bien jurídico tutelado. De ahí que tengan razón aquellos que afirman que la teoría desenvuelta por Stratenwerth es solamente una nueva formulación de la teoría de la participación como conducción a culpabilidad y pena.

7. Las anteriores son las principales tendencias dentro de la corriente que afirma la punibilidad del agente provocador.

II. LA TESIS DE LA IMPUNIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR.

8. También hay diferentes posiciones dentro de la corriente que afirma que el agente provocador es impune. La diferencia entre ellas radica en los principios en que fundamentan la impunidad.

1. La tesis de que el agente provocador no realiza actos de instigación.

9. Para algunos el agente provocador, quien no requiere la consumación, proporciona solamente la ocasión de realización del delito. No realiza instigación en sentido legal.

Es cierto que en algunas hipótesis el agente provocador no puede ser instigador, porque el delincuente estaba ya decidido a cometer el delito ("omnímodo facturus"). En tales casos, si el agente provocador proporciona apoyo o consejo, puede ser cómplice. Pero estas situaciones no son la regla: muchas veces es la determinación que hace el agente provocador la que hace surgir la idea del delito

y la que convierte al provocado en delincuente. Tanto en la hipótesis de que el agente provocador juegue el papel de cómplice como en la que sea instigador, sus actos son algo más que proporcionar la ocasión de cometer el delito.

2. La tesis de la aplicación analógica de las reglas del desistimiento al agente provocador.

10. Especialmente Katzenstein e Ibach sostienen que deben aplicarse las reglas del desistimiento, que valen también para el participante. Así como el autor es impune cuando desiste de la consumación, así también debe ser impune el agente provocador, que no quería la consumación.

Esta tesis es infundada. Es claro que en el caso del agente provocador, que no busca la consumación del delito, no puede hablarse de desistimiento, porque el desistimiento implica, precisamente, el abandono de la voluntad criminal (de consumación), que el agente provocador no tenía.

Pero, además, para que puedan aplicarse las reglas del desistimiento, es necesario que haya actos de ejecución, punibles. Si se aplican las reglas del desistimiento al agente provocador es porque ha cometido actos punibles de ejecución. Entonces, la corriente doctrinal que quiere aplicar las reglas del desistimiento debe demostrar primero que los actos del agente provocador son punibles. Tal prueba no la aporta; en consecuencia, su afirmación de que el agente provocador es impune en virtud de las reglas del desistimiento carece de fundamento.

3. Impunidad del agente provocador por falta de dolo.

11. La opinión mayoritaria en la doctrina alemana, que nosotros acogemos, considera impune al agente provocador (cómplice o instigador) por falta de dolo.

El elemento subjetivo de la instigación requiere un doble dolo: el dolo debe dirigirse, por un lado, a producir en el instigado la resolución de cometer el hecho punible y, por otro, a la producción del hecho punible por el autor principal, incluyendo los elementos subjetivos del tipo y la realización del resultado típico. Esta característica del dolo del instigador deriva claramente del artículo 46 Cód. Pen. Lo mismo vale para el cómplice: éste debe querer no solamente apoyar al autor principal, sino la consumación del hecho punible al que coopera o auxilia.

De lo anterior se sigue que si el instigador o el cómplice: quieren solamente que el hecho quede en estado de tentativa, —no quieren ni aceptan (si se produce) la consumación del delito—, son impunes por falta de dolo, dado que la tentativa, penalmente relevante, requiere la voluntad de consumación del delito (art. 24 Cód. Pen.). Y si esta voluntad de consumación no existe, aunque el hecho quede en estado de tentativa, no se comete acción punible como tentativa.

Cuando se afirma que el agente provocador debe responder por la tentativa realizada por el provocado, o por haber expuesto el bien jurídico a peligro, se parte, conscientemente o inconscientemente, de la idea de que la accesoriidad vale en el concurso para todos y cada uno de los elementos del delito. Ahora bien, no es cierto que la accesoriidad valga para todos y cada uno de los elementos del delito. El dolo es elemento del hecho ilícito que no es traspasable de un delincuente a otro, sino que debe ser realizado por cada

participante en su propia persona.

12. Para la existencia de la instigación basta el dolo eventual (35), lo cual vale también para la complicidad. Es punible el agente provocador como participante si acepta el resultado, si se produce, aunque no lo haya querido.

13. El problema del agente provocador es, entonces, un asunto referente a la culpabilidad del participante. Punto central del análisis debe ser el elemento subjetivo de la participación criminal.

En nuestra opinión no sirve el fin, móvil o motivo del agente provocador como criterio de diferenciación con el participante, como lo ha pretendido una corriente doctrinal. Lo que importa no es la especial intención (fin) o el especial motivo de actuación (móvil o motivo) del agente, sino el fin objetivo de la acción. Ahora bien, tanto la acción de instigador (punible) como la acción del agente provocador tienen objetivamente el fin de someter al autor a proceso y pena. Cada acción del agente provocador llena, objetivamente, el fin de la acción del instigado. El fin objetivo de la acción, siendo el mismo en uno y otro caso, no puede ser criterio objetivo de separación entre ambas figuras.

Cuando un participante perseguía el fin de descubrir a un delincuente y de someterlo a pena, pero quiso la consumación o la aceptó, si se producía, es punible. A nivel de medición de la pena este fin socialmente adecuado puede serle reconocido como atenuante.

Por el contrario, si el agente no quiso ni aceptó (si se producía)



la consumación, es impune por falta de dolo, sea cual fuere el fin perseguido por él o el móvil de su actuación; sea elevado (descubrir un delincuente habitual), sea abyecto (por ejemplo, enamorar la mujer del provocado mientras éste guarda prisión).

Una importante corriente doctrinal niega que sea punible quien quiere o acepta (si se produce) la consumación, si el fin era descubrir a un delincuente. Para ello distinguen entre consumación formal, -el agente tiene la intención de evitar una lesión efectiva al bien jurídico tutelado-, y consumación material. Así, por ejemplo, hay sólo consumación formal (no material) si en el delito de hurto, al cual ayudó o instigó, el participante (agente provocador) quiere, inmediatamente después del apoderamiento de la cosa por el provocado, quitársela y devolverla al propietario. En nuestro criterio, esta distinción es jurídicamente irrelevante. Lo que esta doctrina entiende por consumación formal es la existencia de la finalidad, en el participante, de reparar el daño causado. Ello puede servir como criterio de atenuación, pero no tiene influencia alguna sobre la estructura del delito consumado.

14. Puede ocurrir que el agente provocador (que no quiere ni acepta, si se produce, la consumación) no pudo evitar la consumación o que ésta ocurra porque no se produjeron las circunstancias que, según lo previsto por él, debían ocasionar la interrupción del proceso ejecutivo (por ejemplo, la policía no llegó a tiempo).

En esta hipótesis también es impune el agente provocador, aunque el hecho esté también sancionado como delito culposo. Por falta de dolo es impune por el hecho doloso cometido por el provocado. Porque no hay participación (secundaria) culposa, no es punible el

agente provocador por el hecho como culposo; éste requiere siempre autoría. Sería, por lo demás, un contrasentido sancionar como participación culposa, lo que es impune a título de participación dolosa.

III. CONCLUSIONES.

15. Agente provocador es el instigador o el cómplice que no quieren ni aceptan (si se produce) la consumación del delito.

Si el participante quiere o acepta (si se produce) la consumación es punible, lo mismo que quien asume el papel de autor o de coautor del delito.

No cabe duda que algunas formas de delincuencia de la sociedad moderna, como el tráfico de sustancias psicotrópicas, hacen necesario que las autoridades asuman el papel de agentes provocadores, y que para descubrir al delincuente tengan que aceptar o estar de acuerdo con la consumación e incluso asumir el papel de coautores. Sobre todo en delitos de participación necesaria, como compraventas, etc., de marihuana. Reconociendo que ésto es así, es necesario reconocer que se han producido abusos. Muchas veces el consumidor, impune según nuestra legislación, es inducido a venderle a la autoridad; es convertido, entonces, en delincuente. Desde un punto de vista jurídico esta situación es chocante, porque las autoridades están para impedir la comisión de delitos y no para promover la delincuencia.

Diferente es el caso de que el provocado sea un traficante de droga. Aquí la intervención del agente provocador es necesaria, en muchos casos, para impedir que el delincuente continúe su actividad

delictiva.

Ambas situaciones son jurídicamente idénticas desde el punto de vista de la responsabilidad del agente provocador. Si estuvo de acuerdo o quizo la consumación es punible, lo mismo que si asumió el papel de autor o de coautor. La fórmula que se ha ideado en muchos países, para evitar abusos de las autoridades y para satisfacer las necesidades sociales de descubrimiento de delincuentes habituales, es dar al Ministerio Público poder de apreciación discrecional en el ejercicio de la acción penal. Una reforma en este sentido es urgente en nuestro derecho.

d) DIFERENCIAS ENTRE AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR

[ESQUIVEL VARGAS] ^{vi}

CAPITULO I: DIFERENCIAS ENTRE EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL AGENTE PROVOCADOR EN LA DOCTRINA

En primera instancia, las figuras del agente encubierto y el agente provocador suele ser confundidas; muchas veces, en algunas legislaciones e incluso en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se le suele identificar como uno mismo, sin embargo las diferencias entre estas figuras son bastante grandes, si se toma en consideración que la pretensión o finalidad de cada uno de ellos es diversa. Es por ello que se considera necesario para proseguir con nuestra investigación, el poder

establecer las diferencias entre ambos institutos con el fin de lograr obtener una visión mucho más precisa del problema aquí cuestionado.

En este sentido, el agente provocador se debe utilizar para referirse a los casos en que el agente induce a un delito, o contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, lo que lleva a cabo sin intención de lesionar ni poner en peligro el bien jurídico afectado ni lograr satisfacer ningún interés personal, sino para lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta. A diferencia del agente encubierto, que es utilizado como parte de una técnica especial para combatir ciertos delitos de tracto sucesivo sin víctimas, como el narcotráfico, el agente provocador es quien induce a cometer un delito para condenar al provocado.

El encubierto lo que persigue es la constatación de una actividad ilícita que se está desplegando en tanto que el provocador tiene por finalidad provocar la realización de una conducta delictiva, como medio válido para lograr que el instigado sea descubierto en su actuar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad.

El agente provocador crea el delito; este no existe antes de su intervención, al hacer nacer el dolo en la cabeza de otro se convierte en instigador. Por el contrario el agente encubierto interviene frente a la sospecha fundada de comienzo de ejecución de un hecho que autoriza su intervención. Su actuación tiene carácter represivo y se orienta al esclarecimiento de un hecho en vías de ejecución.

Es decir, que mientras el agente provocador es quien instiga a otro a cometer un determinado delito, el agente encubierto es quien se infiltra en una organización para obtener información, no instigando a la comisión de ningún tipo de delito. En el primer caso hay una actitud activa por parte del provocador que incita a cometer el delito; mientras que en el supuesto del agente encubierto, su postura es pasiva, recepcionando información.



Aquí radica precisamente el límite que separa el empleo de una técnica investigativa eficaz, como el agente encubierto, de la utilización por parte del Estado de medios delictivos, como la instigación de cometer un delito, para la posterior detención del instigado. La diferencia entre la actuación del agente encubierto y el agente provocador según lo expuesto, se establece en la medida en que la primera modalidad policial pretende a través de la infiltración de un policía en el interior de una organización delictiva, obtener la mayor información posible sobre la forma como está conformada la misma y las actividades que en el seno de esta se llevan a cabo, esto con la finalidad de lograr que sus integrantes sean procesados y castigados por la justicia, en el tanto que por la segunda figura, sea la del agente provocador, lo que se da es el despliegue de una efectiva instigación a otra persona con la finalidad de que cometa un delito y de esa forma lograr condenar al provocado.

Sin embargo a pesar de la clara diferencia que hemos establecido entre la figura del agente encubierto y el agente provocador, existe una situación que podríamos llamar intermedia entre el delito provocado ilícito (agente provocador) y las técnicas de investigación encubiertas lícitas, que sería aquellos casos en que el agente policial, con el fin de descubrir al traficante de droga (del cual ya se tienen indicios de que ha iniciado la actividad delictiva), actúa como simulado comprador.

Esta situación es la que ha generado mayor controversia y confusión acerca de si estamos en presencia de un agente provocador o un agente encubierto, algunos autores como Luis Fernando Rey Huidobro considera que estamos en presencia de un agente provocador y establece:

"Existen dos tipos claramente distintos de agente provocador: aquel que instiga a la comisión de un primer delito y aquel que actúa con el fin de descubrir un delito permanente o habitual persistente en el momento de su intervención, o lo que es lo mismo, aquellos supuestos en los que se dio una conducta delictiva antes de la actuación del agente y aquellos en los



que aquella se produjo como consecuencia de su intervención.

En ambos casos, anteriormente mencionados, actúa un agente provocador, sin embargo en aquel supuesto en que la conducta delictiva se dio como consecuencia de su intervención, ya sea instigando o induciendo, estamos en presencia de un delito provocado, mientras que en el caso en que la conducta delictiva se dio antes de la actuación del agente provocador estaríamos en presencia de un delito experimental (en España se le conoce como provocación policial lícita).

Esta posición es la que ha mantenido la doctrina jurisprudencial española la cual distingue los supuestos impunes del delito provocado, de la provocación policial para descubrir delitos ya cometidos (delito experimental), generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación con una actividad que ya se esta produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

La distinción expuesta aparece por primera vez en la STS del dieciocho de abril de 1972⁹⁸, que excluye la doctrina del delito provocado al caso bien distinto, en que el señuelo puesto en juego por los investigadores no busca la promoción del supuesto delito... sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes.

La jurisprudencia española no solo mantiene la tesis de la existencia de dos tipos de agente provocador, sino que considera que el agente provocador que actúa con el fin de descubrir un delito que ya se viene cometiendo, no infringe ningún precepto constitucional, así lo reconoció la Sala Segunda del Tribunal Supremo español en sentencia del tres de julio de 1984 donde afirmo:

"Estos medios de investigación encaminados a descubrir delitos ya cometidos de tracto permanente y de peligro para la salud pública no solo son legales y constitucionales, sino también obligados para aquellos agentes de la autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos por virtud de lo previsto en el artículo 292 de la L. E. Criminal y en las propias Ordenanzas y Estatutos de cada Cuerpo, es decir, que la provocación delictiva en estos casos no se corresponde según lo expuesto, con un estricto concepto de delito provocado, de por sí impune, sino que se concibe como una técnica de investigación".

En una sentencia posterior el mismo tribunal incluso consideró que la utilización del agente provocador, en el sentido ya esgrimido por ese Tribunal, lo que refleja es una inteligente y prudente adaptación de las técnicas de investigación de la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión"

A su vez las sentencias del tres de julio de 1984 y de veintiuno de febrero de 1986 insisten en la necesidad de distinguir, entre los delitos provocados por el agente provocador y el descubrimiento de los delitos ya cometidos de tracto permanente y de peligro para la salud pública, destacando en este último caso la legalidad de dicho medio de investigación (agente provocador).

Considero que al igual que lo expresado por Rey Huidobro y la jurisprudencia española respecto al agente provocador, existen dos tipos de provocación, aquella que instiga a la comisión de un delito a quien no se había determinado cometerlo con anterioridad y el que actúa, como simulado comprador, con el fin de descubrir un delito permanente que se daba incluso con anterioridad a su intervención.

Caso contrario se da en la Doctrina nacional así como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en donde se ha considerado que en los casos en que el agente actúa como comprador de droga (pre-compra o

compra controlada) para acreditar que una persona ya se dedicaba a esa actividad ilícita o cuando el delito es permanente y la intervención se produce en una fase sucesiva, se está en presencia de un agente encubierto.

Así por ejemplo lo ha dejado ver el Lic. Edwin Duarte para quien en las compras controladas, en donde ya se tiene conocimiento de que esa persona se dedica al tráfico de drogas, el que interviene es un agente encubierto, él nos menciona:

"Al final, posterior a esa compra u otras más, que en realidad no son necesarias tantas, se procede a identificar billetes por parte del Juez. Esos billetes, los entrega a la policía o al Ministerio Público al encubierto para que haga la compra final".

Para el Lic. Edwin Duarte siempre que la intervención del agente sea posterior al inicio de la conducta delictiva estaremos en presencia de un agente encubierto (ya sea que este actué infiltrándose en la organización o por la simple compra simulada de droga)

Para Duarte existe solo un agente provocador aquel que lleva al ciudadano a cometer un primer delito. Se excluye todo comportamiento anterior, facilita todas las comodidades para que esa persona cometa el delito, incluso ofreciéndoles sin que haya notado un comportamiento anterior de esa naturaleza.

La jurisprudencia también ha establecido que provocación solo existe en los supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había propuesto con anterioridad.

Es decir, descarta que pueda ser un agente provocador, el que actúa para descubrir un delito que ya se venía cometiendo con anterioridad a su intervención.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha mencionado que la actividad del agente encubierto no puede constituir prueba única, este medio de prueba debe ser confrontado con otros, de los cuales podemos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedicaba a esa actividad ;lícita que le fue descubierta.

Para la Sala Constitucional en aquellos casos en que la actividad del agente se dirija a acreditar que esa persona ya se dedicaba a una actividad delictiva estaremos en presencia de un agente encubierto (caso de las pre-compras o compras controladas), para la Sala en estos casos no se puede hablar de provocador, pues ya la persona contactada por la policía había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo, y en la mayoría de los casos ya había consumado una o varias veces ese mismo delito y los agentes encubiertos intervienen con el fin de poner al descubierto y para procurar elementos de prueba para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita.

Creo que es improcedente, el considerar que la actividad que despliega, generalmente la policía judicial, en lo que a pre compras se refiere (compra simulada), es realizada por un agente encubierto y no por un agente provocador (tal como lo hace nuestra jurisprudencia). Esto se debe a una errónea concepción del "delito experimental" al ser mal equiparado al delito provocado, lo que produce que se considere como agente provocador solo aquel que instiga a cometer un primer delito (delito provocado) y no como aquel que busca descubrir una actividad delictiva que se venía realizando con anterioridad ya sea mediante una pre compra o compra controlada (delito experimental).

Sin embargo a pesar de que estas dos tesis, anteriormente expuestas, son disimiles ambas concuerdan en que en los casos en que el agente policial (ya sea que se le denomine agente provocador o agente encubierto) actué como comprador simulado, con el fin de descubrir una actividad delictiva que ya se venía realizando, se castiga al sujeto "provocado" por las actividades preexistentes que sean constitutivas de delito y no por la

compra que realizo el agente.

CAPÍTULO II: DIFERENCIAS DEL AGENTE ENCUBIERTO Y EL AGENTE PROVOCADOR CON OTRAS FIGURAS

Tanto al agente encubierto como al agente provocador se les suele relacionar con otras figuras tales como el arrepentido y el informante por lo que se hace necesario establecer las diferencias pertinentes.

Sección I: El arrepentido

Sobre el arrepentido se indica: Se conoce con el nombre de derecho penal premial a una concepción moderna mediante la cual la pena que sigue a la comisión de un delito no se aplica o simplemente se atenúa, lo que resulta ser una forma "sui generis" de despenalización. En esta concepción se enmarca la figura del arrepentido, la cual está relacionada con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos de delitos. Se trata efectivamente de colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permiten luchar contra el crimen organizado. El arrepentido es aquella persona que se le atribuye la comisión de algún tipo de delito y que para la autoría de dichos ilícitos ha entrado en contacto con otras personas, con las cuales incluso ha conformado organizaciones para delinquir, es precisamente por esa relación que el arrepentido tiene con la organización delictiva y las otras personas que la conforman, que el mismo puede suministrar información

importante a la policía. Y tratándose de delitos relacionados con estupefacientes, el arrepentido puede suministrar a la autoridad judicial información significativa, en cuanto a la identidad de los autores, coautores, partícipes y encubridores del tráfico ilícito de estupefacientes, o que permita el secuestro de sustancias o bienes, pertenecientes a este tipo de delincuencia, beneficiándose en la

reducción o eximición de la pena.

Bajo esta conceptualización, la figura del arrepentido es bastante diferente de las figuras en estudio, en primer lugar, por cuanto el arrepentido forma parte de la organización delictiva, es uno de sus integrantes, por lo que conoce detalladamente a la organización, razón por la cual a través del arrepentido la autoridad judicial logra introducirse desde su mismo interior, y en segundo lugar, el arrepentido opta por dar información a cambio de ventajas procesales, entre ellas el no ser acusado o el rebajo de la pena inclusive eximirlo de la pena, eso depende de la calidad de información que brinde el arrepentido a la autoridad judicial y del grado de participación del mismo dentro de la organización delictiva.

Sección II: El informante

Otra figura con la que se suele confundir al agente encubierto y al agente provocador es con la figura del informante, no obstante las diferencias son claras, puesto que por este último se entiende aquella persona que confidencialmente brinda material informativo acerca de un delito, prestando ayuda a los funcionarios policiales para combatir la comisión de determinados delitos; esa información puede ser suministrada en forma ocasional o constante. La mayoría de los informantes provienen del medio criminal y son personas cuyas motivaciones y conductas generan dudas y generalmente su colaboración es persiguiendo alguna finalidad concreta, como lograr el olvido de imputaciones anteriores por la comisión de delitos. El informante es la persona física que provee información sobre el tráfico de estupefacientes a la autoridad policial o judicial.

CAPITULO III: REGULACIÓN Y DIFERENCIAS DEL AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR EN LA JURISPRUDENCIA



En nuestro país la normativa con respecto al agente encubierto es escasa y deficiente y nula en el caso del Agente provocador por lo que ha sido la jurisprudencia la que se ha dado a la tarea de definir, regular y establecer diferencias entre estas dos figuras. Los tribunales costarricenses y la Sala Tercera a inicios de la década de los ochentas, empiezan a hacer mención de lo que la doctrina ha desarrollado como agente encubierto y agente provocador, sin embargo a pesar de ello aún en la actualidad existen una diversidad de criterios y contradicciones en las resoluciones tanto de la Sala Constitucional en relación con la Sala Tercera y las de estas entre sí respecto al agente provocador y agente encubierto.

En el presente capítulo se expondrán y analizarán los criterios jurisprudenciales que se han tenido en nuestro país con respecto a este tema, con el fin de determinar si existe un concepto y diferencia clara entre la figura del agente encubierto y el agente provocador, para lo cual, se citarán algunas resoluciones tanto del Tribunal de Casación Penal, y de la Sala Tercera y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que desarrollan estos criterios.

Sección II: Jurisprudencia de la Sala Tercera

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia entra a analizar la figura del agente provocador en mil novecientos ochenta y cuatro:

"...el organismo de investigación judicial fue creado como un ente auxiliar de los tribunales penales y del Ministerio Público para el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables, no para ejercitar a los ciudadanos en su conducta virtuosa para caer en la tentación, por ello no está legitimado para actuar como instigador de hechos delictivos y así aprehender a quienes no resistan la inducción, lo que no significa que se le este restando

posibilidad de actuar como agente provocador en un delito experimental, o sea, el planteado como experimento para corroborar una fundada sospecha sobre la conducta ilícita de un sujeto, como por ejemplo a la venta ilegítima de drogas, casos en que la actuación del agente provocador resulta importante para darle mayor solidez a los elementos de prueba disponibles para la demostración del hecho".

Con este voto la Sala Tercera establece adecuadamente que el agente provocador es el que realiza el delito experimental, e indica que el delito experimental se utiliza cuando existen sospechas o indicios de que se está llevando a cabo una actividad ilícita.

En los años siguientes la Sala Tercera de la Corte Suprema amplía el análisis de la figura del agente provocador. Así en la Resolución N° 141-1986 indica:

"... Argumenta el recurrente que en su caso se ignora lo que se entiende por delito experimental, puesto que se montó en contra suya un delito haciéndolo caer en error. Lo anterior por cuanto un agente oficial de investigación fue quien haciéndose pasar por drogadicto le solicitó los cigarrillos de marihuana. Sin embargo, como bien explico el Tribunal de mérito en su sentencia, tal alegación no es de recibo porque no se trata de un hecho experimental ni fabricado por los oficiales que participaron en el operativo. Se tenía conocimiento de que el imputado se dedicaba a la venta de la droga referida, para que quedara debidamente acreditado el ilícito uno de ellos le solicitó la venta de cigarrillos. Hecho el análisis en esa forma por parte de la resolución en comentario, es obvio que no se indujo ni se determinó la conducta del imputado... pues ya se conocía la actividad en tal sentido. No se está pues, en presencia de lo que se llama "agente provocador" y tanto la jurisprudencia nacional como extranjera se han pronunciado en este sentido "no es agente provocador el miembro de la Guardia Civil que interviene en el tráfico de drogas con el fin de poner al descubierto acciones que ya venían produciéndose con anterioridad... ya que aquel agente no actuó bajo los estigmas

caracterológicos del agente provocador, sino como simple funcionario encargado del seguimiento de una acción delictiva que ya venía practicándose y con el solo fin de ponerla al descubierto..."

En esta resolución se da una contradicción con respecto al criterio expuesto por esta misma Sala en el voto 185 de 1984. En él se establece que no se resta a la policía la posibilidad de actuar "como agente provocador en un delito experimental planteado como experimento para corroborar la fundada sospecha sobre la conducta ilícita del sujeto." Ahora bien, en el voto 141 de 1986 la Sala Tercera afirma "que no es agente provocador el miembro de la Guardia Civil que interviene en el tráfico de drogas con el fin de poner al descubierto acciones que ya venían produciéndose con anterioridad..." Esta contradicción crea una incertidumbre sobre la definición de agente provocador ya que en un primer momento se indica que se da la posibilidad de actuar al policía como agente provocador en un delito experimental para corroborar la sospecha de un ilícito, y dos años después, la misma autoridad indica, erróneamente, que no es agente provocador el policía que actúa en un delito experimental para corroborar sospechas de la comisión de un ilícito, y establece que solo estamos en presencia de agente provocador cuando este induce o determina la conducta del imputado (delito provocado), y no cuando ya se conocía la actividad ilícita del sujeto (delito experimental).

La Sala Tercera en su análisis del tema del agente provocador va incluyendo nuevos términos que se relacionan entre sí. En los votos 286-F-90 y 287-F-94 se incluye el término agente encubierto:

"Igualmente el que se hubiese actuado con agente encubierto tampoco descarta la realización del delito, pues como lo sostiene la doctrina mayoritaria al respecto y en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala, la provocación policial para descubrir un acto que ya de por sí es ilícito (como ocurre normalmente con los hechos relacionados con drogas y el peligro que suponen para la salud pública) no es ilegal sino más bien

un medio de investigación idónea para la averiguación y constatación de tales delitos que de otro modo no podrían ser descubiertos. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 286-F, de las 9:20 hrs del 28 de setiembre de 1990) Lo anterior debe considerarse así porque quien posee droga para vender ya ha realizado un hecho delictivo (posesión de drogas para el trafico) y el agente encubierto que interviene comprándole la drogá no determina la consumación de ningún ilícito, pues el que había ya estaba consumado, sino que solo actúa para acreditar que determinada persona en efecto poseía la droga para la venta, como ocurrió en el presente caso".

En la anterior resolución la Sala Tercera establece erróneamente que el oficial que interviene realizando una compra de droga es un agente encubierto cuando en realidad esto no es así porque se da una provocación policial para descubrir un acto que ya de por sí es ilícito (posesión de droga para el trafico) con lo cual estamos en presencia de un delito experimental y por lo tanto de un agente provocador.

El error de la Sala Tercera está en creer que solo estamos en presencia de un agente provocador cuando éste determina la consumación del hecho delictivo (hipótesis del delito provocado) cuando en realidad también estamos en presencia de un agente provocador en los casos en que éste realiza un experimento con el fin de poner en evidencia una ilegítima actividad que ya venía realizando el sujeto.

Posteriormente la Sala Tercera mediante el voto 20-F-95 entra a analizar en forma más pormenorizada la figura del agente encubierto y del delito experimental, aunque sigue cometiendo los mismos errores arriba apuntados, así nos indica:

"En realidad en sentido amplio el "agente encubierto" se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y

someterlas a proceso penal, procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y por otro tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto. Los delitos que mejor se prestan para esta forma de actividad policial son los de encuentro o aquellos que requieren de transacciones sucesivas como el tráfico de drogas. Pero en este caso no podemos hablar de provocador en sentido estricto, pues ya la persona contactada por la policía había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo, y en la mayoría de los casos ya había consumado una o varias veces ese mismo delito, y los funcionarios o los agentes encubiertos (puede ser un particular incluso) intervienen con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita".

En este voto la Sala Tercera da una correcta definición de la figura del agente encubierto la mencionarse que: el "agente encubierto" se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal. Sin embargo cuando se da una compra de droga (ya sea una pre-compra o una compra controlada) por parte del agente policial ya no podemos decir que estamos en presencia de una agente encubierto, contrario a lo que establece la Sala Tercera, ya que existe una provocación por parte del agente no en sentido estricto pero si en el sentido de propiciar o estimular la conducta delictiva que ya venia realizando con anterioridad el sujeto investigado, por otra parte el agente tiene en todo momento controlado la conducta ilícita. De esta manera en ningún momento existe peligro para el bien jurídico tutelado y no hay posibilidad de consumación del hecho. Como vemos se dan todos los elementos necesarios para asegurar que la compra es un delito experimental realizado por agente provocador.

En ese mismo voto la Sala Tercera entra a analizar algunos criterios

extemados por la Sala Constitucional sobre el tema y manifiesta:

"Como bien lo apunta la Sala Constitucional, la actividad encubierta de la policía es lícita en la medida en que se dirija a acreditar que una persona ya se dedicaba a una actividad delictiva, y aún cuando dicha Sala denomine ello como "delito experimental" lo cierto es que se trataría sólo de una nomenclatura que no puede conducirnos a desconocer ese procedimiento, en los términos señalados con anterioridad como válidos y constitucionales en nuestro sistema de derecho. Para tales efectos debe tomarse en cuenta que al señalar la Sala Constitucional que la actividad del agente encubierto no puede constituir la prueba única, se está refiriendo lógicamente a que éste medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podamos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta. En otras palabras, no es suficiente con que un policía afirme que pudo llegar a comprarle droga a una persona para que deba concluirse con certeza que aquella persona se dedica al tráfico de drogas".

En la presente resolución se menciona que la actividad que realiza el policía es encubierta, lo no quiere decir necesariamente que él sea un agente encubierto, así por ejemplo en las precompras o en las compras controladas al existir provocación el que actúa es un agente provocador que bien podría hacerlo de manera encubierta, sin implicar esto que sea un agente encubierto, ya que éste último tiene presupuestos diferentes entre ellos el no provocar o propiciar la conducta delictiva.

Como mencione anteriormente en los casos en que el policía realice una compra de droga se le debe considerar como agente provocador, sin embargo para determinar si estamos en presencia de un delito provocado o de un delito experimental depende de sí la actividad ilícita ya se venía realizando con anterioridad por parte del sujeto, sino se venía realizando antes de la intervención del agente sería de un delito provocado porque se está creado por parte del agente provocador la

resolución delictiva en el sujeto, por ello la Sala establece, en la presente resolución, la necesidad de que existan otros indicios además de la compra de droga por parte del oficial porque sino la venta de droga que realiza el sujeto investigado sería un delito provocado y no podría establecerse responsabilidad penal por ese delito. Ahora bien en el caso de que la actividad delictiva se viniera realizando con anterioridad y se tenga prueba de ello, la compra de droga sería un delito experimental sin embargo tampoco se le podría condenar por este hecho sino por los que realizó con anterioridad.

Inmediatamente después de este voto la Sala Tercera mediante el voto 22-F-95 trata de distinguir entre agente encubierto y agente provocador y nos indica:

"En primer término es indispensable distinguir y nunca equiparar lo que constituye en sentido estricto un "agente provocador" de lo que configura un "agente encubierto", pues no en todos los casos en que interviene un policía o alguna persona infiltrada por ella para detectar una organización y una actividad ilícita, hay provocación. En sentido estricto se da el "agente provocador" cuando una persona, sea policía o actuando en nombre de ella, determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurran en un delito que probablemente no se habían propuesto realizar con anterioridad, para lo cual puede infiltrarse en una organización manteniendo contacto permanente con las personas que va a inducir o bien tener simple contacto con ellas de manera ocasional. Existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo experimental".

Lleva razón la Sala Tercera al establecer que "no en todos los casos en que interviene un policía o alguna persona infiltrada por ella para detectar una organización y una actividad ilícita, hay provocación", y esto es así porque precisamente cuando actúa un agente encubierto, ya sea

infiltrándose en la organización delictiva o teniendo contacto ocasional con el sujeto que realiza la actividad ilícita, no hay provocación ya que el agente solo pretende recabar información con el exclusivo propósito de conocer la estructura, funciones, modos de operación e integrantes de la organización, mediante la observación y el registro, supuesto que no se da en las pre-compras y en las compras controladas ya que como mencionamos anteriormente ahí si hay provocación por parte del agente.

Por otra parte, se equivoca la Sala Tercera de nuevo al afirmar que solo se da el agente provocador "cuando este determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurran en un delito que probablemente no se habían propuesto realizar con anterioridad", limitando la figura del agente provocador a los casos de delito provocado, cuando en realidad este también interviene en los casos de delito experimental en los que el sujeto ya había realizado la actividad delictiva anteriormente.

Pero se equivoca aún más al señalar: "el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo experimental", en este caso no se puede hablar de delito experimental sino de delito provocado ya que el agente provocador creó la resolución delictiva en el sujeto.

En una resolución del mismo año la Sala Tercera trata explicar porque una pre-compra, en este caso realizada por una persona particular, no es un delito experimental, al respecto nos indica:

"Es cierto que el delito experimental no puede dar base para una condena por sí solo, sin embargo la situación es distinta en el presente caso porque no estamos en presencia de un delito experimental. En efecto no puede concluirse que los oficiales de la policía antidrogas hubieren provocado o generado la consumación del hecho delictivo al enviar a una persona a comprarle droga a la imputada, porque en ese supuesto la

conducta delictiva de la encartada ya era delictiva en sí misma, al poseer droga con el fin de venderla".

Nuevamente la Sala se equivoca ya que en estos casos en que la policía manda a una persona a comprarle droga a la imputada si hay provocación en el sentido de que la policía estimula la acción delictiva del sujeto investigado, al menos en esta venta en específico. Además la Sala no puede desvirtuar que es un delito experimental en el hecho de que la actividad ya se venía realizando ya que este es un presupuesto del delito experimental, lo que si puede descartarse con base en ello es que sea un delito provocado.

Contraria a la anterior resolución la Sala Tercera nos menciona:

"la figura del delito experimental comprende los casos de intervención justificada de la policía cuando de previo tiene conocimiento de la ejecución delictiva a cargo de una o varias personas"

Contrario a lo que menciono la Sala Tercera en la resolución anterior en está última si tiene una posición correcta al indicarnos que para que se de el delito experimental es necesario que la policía, antes de intervenir, tenga previo conocimiento de la actividad delictiva, y para ello, lógicamente, se necesita que la actividad ilícita se venga desplegando con anterioridad.

En la resolución número 162-98 no solo se mantiene la posición errónea de que en las compras controladas de drogas el que actúa es un agente encubierto, sino que se confunde esta figura con el de colaborador:

"Sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como agentes encubiertos es decir, personas que ocultando su verdadera identidad se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y así reforzar, con estas diligencias, la investigación

que se realiza".

Como lo he venido resaltando aquí el lugar de hablar de agente provocador porque estamos en presencia de un delito experimental como lo es la compra controlada, se habla de agente encubierto cuando en realidad en doctrina se conoce al agente encubierto como agente de la policía que se infiltra en una organización criminal, con la finalidad de obtener información de cómo opera la misma.

Por otra parte cuando la Sala Tercera menciona "se utilizan colaboradores de la policía que actúa como agentes encubiertos" comete un grave error ya que la Ley de estupefacentes en su artículo 10 faculta la infiltración de agentes policiales y nunca de particulares por lo que un colaborador de la policía no puede ser un agente encubierto.

Manteniendo el criterio de esta última resolución la Sala Tercera nos dice:

"... para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad la identidad del comprador".

En esta resolución se vuelve a utilizar la denominación de agente encubierto para referirse a aquella persona, ya sea un particular o un agente policial que realiza una pre-compra de droga, como simple medio para constatar la realización de una actividad ilícita (cuando en realidad tal como lo hemos expuesto anteriormente en estos supuestos el que actúa es un agente provocador).

En una resolución posterior de 1999 la Sala Tercera mantiene la posición de que en caso de las compras de drogas por parte de los agentes policiales estos actúa como agentes encubiertos, veamos:

"...corroboración que este acusado continuó con su actividad delictiva. Por otra parte no puede considerarse que se esté en presencia de un delito

experimental. Esta Sala ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el tema al examinar la actuación de los policías en delitos relacionados con drogas, cuando estos se infiltran dentro de organizaciones delictivas con el fin de determinar las personas que intervienen en la actividad ilícita. No existió provocación al delito, por el contrario los sujetos que adquirieron sustancias ilícitas en las compras fueron agentes encubiertos, ya que sus funciones se dirigieron a constatar una situación que se venía dando desde el año de 1997, ya que los imputados habían optado por dirigir sus acciones hacia el comercio ilícito de la droga" (Voto 1515-1999).

De la siguiente resolución es importante analizar varios elementos, en primer lugar la Sala Tercera nos quiere hacer ver que hubo infiltración de un agente dentro de una organización delictiva, cuando en realidad lo que hubo fue una simple compra de droga por parte del oficial, por lo que no podemos hablar de agente encubierto. Por otra parte se trata de desvirtuar el hecho de que estamos frente a un delito experimental, bajo el supuesto de que no hay provocación, lo cual no es cierto ya que en esta venta en específico si existe una provocación por parte del oficial en el sentido de estimular la actividad del sujeto investigado al solicitarle que le venda la droga, y por último la Sala Tercera trata de establecer que no es un delito experimental porque la actividad ilícita se venía dando desde antes de la intervención del agente, lo cual no es correcto porque como ya hemos visto el hecho de que la actividad ya se viniera realizando con anterioridad elimina la posibilidad del delito provocado pero no del delito experimental ya que esta es una condición propia del mismo.

En la siguiente resolución del mismo año la Sala Tercera manifiesta:

"El reproche no puede prosperar: Así es, reiterada jurisprudencia de esta Sala ha establecido que las denominadas "pre-compras" de drogas, en realidad tienden a verificar una acción delictiva en curso, sirviendo como instrumento probatorio de la conducta ilícita desplegada y no

constituye - como equivocadamente indica el quejoso -un "delito experimental", pues en esa operación no se determina al sujeto a realizar un acto en contra de su voluntad, para someterlo luego a un proceso penal".

Como vemos la Sala Tercera mantiene la posición de que las pre-compras no son un delito experimental, basándose equivocadamente en el hecho de que la actividad delictiva ya estaba en curso, cuando este supuesto es un elemento más bien propio del delito experimental, que viene a eliminar la posibilidad de que estemos frente a un delito provocado. Lo que sucede en realidad es que la Sala confunde los términos de delito experimental con delito provocado ya que cree que cuando se determina al sujeto a realizar un acto en contra de su voluntad es un delito experimental en lugar de un delito provocado.

Sección II: Jurisprudencia de la Sala Constitucional

Existen dos votos importantes de la Sala Constitucional sobre el tema del agente encubierto, agente provocador y delito experimental a los cuales se remite la misma Sala en todos sus demás fallos al respecto. En el primero de ellos la Sala entra a analizar la figura del delito experimental, así el voto 477-94 nos indica:

"Si bien la jurisprudencia dada al respecto, ha establecido que el Organismo de Investigación Judicial fue creado como ente auxiliar de los Tribunales Penales y del Ministerio Público, para el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables y no para actuar como instigador de hechos delictivos y así aprehender a quienes no puedan resistir la tentación a la que han sido expuestos - supuesto que también resulta aplicable a los otros cuerpos de la fuerza pública que, en alguna medida, estén llamados a colaborar o coadyuvar con la función apuntada-, lo cierto es que, con lo anteriormente expuesto, no se les está restando -a dichas autoridades- la posibilidad de actuación

como partícipes en lo que la doctrina conoce como delito experimental, sea el planteado como medio para corroborar, como un elemento probatorio más, una fundada sospecha sobre la conducta ilícita de un sujeto, principalmente en delitos que producen estado, vervigracia, respecto a la venta ilegítima de drogas, casos en los que la participación de los agentes o colaboradores designados por éstos, resulta de suma importancia para darle mayor solidez a la prueba ya existente y la corroboración de determinadas conductas, para la eventual demostración del hecho, que en todo caso no podría ser acreditado con la sola prueba referida al "experimento". De tal modo que, si el cuerpo policial recurrido, planeó el operativo que se cuestiona, con la finalidad, según se desprende del libelo, de determinar que el amparado se dedicaba en forma habitual al expendio de drogas ilícitas, lo así actuado no resulta arbitrario y el habeas corpus, en consecuencia, inadmisibile, sin que el hecho de que no se hayan podido decomisar tales sustancias en la vivienda del indiciado, tenga la virtud de invalidar el operativo".

En la presente resolución la Sala Constitucional establece adecuadamente que delito experimental es aquel medio, utilizado por las autoridades, para corroborar una conducta delictiva que viene desplegando el sujeto, de la cual ya se tienen fundadas sospechas (caso de las precompras y de las compras controladas). Sin embargo la Sala Constitucional no menciona si el oficial que participa en el delito experimental es un agente provocador o agente encubierto, dejando de esta manera una interrogante al respecto.

En un voto posterior de la Sala Constitucional se analiza la figura no solo del delito experimental sino también del agente provocador y del agente encubierto y nos señala:

"... es necesario hacer énfasis en la diferencia que existe entre el agente encubierto y agente provocador. Este último es el que pone en marcha el "delito experimental", situación que no se da con el agente encubierto, que únicamente dirige su actividad para corroborar una

conducta delictiva que se venía produciendo desde mucho que su intervención se diera" (Voto 5573-96)

La Sala Constitucional mediante este fallo establece correctamente que el agente provocador es el que pone en marcha el delito experimental, también lleva razón la Sala Constitucional al mencionar que el agente encubierto actúa para corroborar una actividad delictiva que ya se venía desplegando (ejemplo por medio de la infiltración en una organización delictiva), sin embargo es importante resaltar que si la actividad del agente estimula la conducta del sujeto investigado como en el caso de las pre-compras y de las compras controladas, a pesar de que la actividad ya se venía realizando con anterioridad, ya no podríamos hablar de agente encubierto sino de agente provocador.

En la misma resolución la Sala Constitucional se contradice ya que nos indica:

"Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como agentes encubiertos, haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación del agente policial. De ese operativo puede tenerse como resultado, suficientes indicios que permitan acreditar que la persona ya ha cometido un hecho delictivo, el que sólo se ve reforzado -desde el punto de vista probatorio- con el experimento.

Por ejemplo, el policía que compra droga, esa venta en sí misma no es delito, porque no hay posibilidad alguna para que se lesione el bien jurídico protegido por la norma". (Voto 5573-96)

La Sala Constitucional se contradice al hacernos ver que el agente encubierto es el que realiza la compra de droga, es decir, confunde los

figuras de agente encubierto con agente provocador, entendido por este al particular o la policía que lleva a cabo una compra controlada de droga (delito experimental), como medio para acreditar o desvirtuar si se está dando la venta de droga.

Más adelante se vuelven a confundir los términos agente encubierto y agente provocador.

"Así, si dentro de un operativo policial realizado con agentes encubiertos, la única prueba existente es precisamente el experimento o lo realizado por el agente encubierto, corresponderá a los jueces penales en el caso concreto determinar si esa prueba es suficiente para acreditar el hecho delictivo que se investigaba, en el entendido de que nunca podría condenarse por el hecho experimental".

La Sala Constitucional comete lo mismos errores de la Sala Tercera al identificar al agente encubierto como el participe en un delito experimental, que tiene por objeto acreditar la venta de droga en forma ilícita. No obstante esta posición de ambas Salas no es la adecuada por cuanto nada tiene que ver un agente encubierto dentro de un delito experimental (ya sea pre-compra o compra controlada) por parte de la policía, en la cual lo que se utilizan realmente son agentes provocadores.

Sección II: Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal

El Tribunal de Casación Penal a la hora de analizar las figuras del agente encubierto y del agente provocador así como del delito experimental generalmente se remite a las resoluciones de la Sala Constitucional o de la Sala Tercera sin embargo en la resolución N° 355-2002 se refiere al tema y nos señala:

"En tales circunstancias, no puede decirse que haya afectación alguna al



bien jurídico tutelado, sea la salud pública, dado que ni el agente encubierto compra para consumir la droga, ni tampoco lo hace para realizar transacción alguna con la misma, que pudiera afectar la salud de una persona, sino que la única finalidad de la compra es la de preconstituir prueba en contra de las encartadas, (delito experimental), sea, que se trata de una actividad completamente controlada por la policía, con conocimiento del órgano requirente, y de la autoridad jurisdiccional, la que participa en algunos actos (marcación de billetes, allanamiento y decomisos), siendo estas autoridades las que se hacen cargo de la droga "comprada" y decomisada, de modo que no podría producir la afectación del bien jurídico tutelado, requisito necesario para la tipicidad de la conducta, que exige el desvalor del acto, así como para la antijuridicidad, que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado".

El Tribunal de Casación mantiene el criterio y confusión de ambas Salas al señalar que la compra controlada de droga la realiza un agente encubierto, lo cual como hemos visto es a todas luces un error dado que la compra controlada al ser un delito experimental (por haber estimulación por parte del agente para que realice esa venta de droga en específico) es realizada por una agente provocador.

En otro voto más reciente el Tribunal de Casación nos dice:

"Conforme a la acusación, y a los hechos probados de la sentencia, lo que se describen son varias compra-ventas de marihuana que se hacen al imputado por parte de un anónimo "colaborador de la policía", estas compra-ventas, como propias del delito experimental no pueden configurar el delito de venta de drogas, puesto que el "comprador" no es tal, no existiendo la requerida bilateralidad que exige esta compra-venta, y, al estar bajo control policial, no poniendo en peligro el bien jurídico protegido. Sin embargo, este delito experimental tiene por objeto, tratándose de las drogas, cuya posesión para el tráfico está tipificada como delito, demostrar que se posee drogas para cualquiera de los fines

que contempla las leyes como prohibidas. Pero no basta que haya existido una venta experimental para que forma automática se asuma que se poseía para ello, siendo necesario descartar que el "agente comprador", "colaborador anónimo" en este caso, no indujera la venta, o que el traspaso de la droga se hiciera pese a que no se poseía para esos fines" (Voto 318-2004).

En este fallo el Tribunal correctamente nos indica que las compra-ventas de drogas (entiéndase estas como pre-compras) constituyen un delito experimental, sin embargo a la hora de referirse al agente que realiza la compra lo llama agente comprador o colaborador anónimo, cuando en realidad debería referirse a este como agente provocador.

Así las cosas, las resoluciones de la Sala Tercera, Sala Constitucional y Tribunal de Casación Penal no solo no han logrado establecer una clara diferencia entre las figuras del agente encubierto y el agente provocador y entre el delito experimental y el delito provocado, sino que confunden los términos y los usan indistintamente, tampoco han logrado establecer en qué casos nos encontramos ante una u otra figura, asimismo a pesar que han mantenido una misma posición durante los últimos años en cuanto a que las precompras y compras controladas son realizadas por un agente encubierto, como vimos, dicha posición es errónea (ya que estas son un delito experimental) y los fundamentos en que se basa no son correctos.

FUENTES CITADAS

ⁱ FONSECA JIMÉNEZ, M y SALAS BOSCHINI L (2002). **El Delito Experimental en materia de Narcotráfico.** Tesis Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. Págs. 46 - 58.

ⁱⁱ HERRERA FONSECA, R (2002). **El delito experimental y su jurisprudencia penal y constitucional.** Primera Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Págs. 11- 17.

ⁱⁱⁱ GURIGLIA F. (Diciembre 1996). **EL AGENTE ENCUBIERTO ¿UN NUEVO PROTAGONISTA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL?** Revista de la Asociación de Ciencias Penales. Año 8. Número 12. Págs. 16-33.

^{iv} DUARTES. D., E. (Febrero, 2000). **El agente encubierto en los delitos de narcotráfico.** Revista Ivstitia. Número 158. Año 14. Págs. 24-29.

^v CASTILLO GONZALEZ, F. (Junio, 1980). **El Agente Provocador.** Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia. Número 16. Año IV. Junio 1980. Págs. 9-15.

^{vi} ESQUIVEL VARGAS, J.P. (2006). **El Agente Encubierto y el Agente Provocador de Narcotráfico en el Derecho Penal.** Tesis de Grado para optar por la Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca. San José, Costa Rica. Págs. 123-166.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.