

EL DELITO EXPERIMENTAL

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

1. Observación preliminar

Suena en verdad extraño que en una exposición de Derecho penal su autor hable de un *delito experimental*.

Más de alguien supondrá en ello afanes de extravagancia, un prurito de originalidad o, simplemente, que el expositor, en el fondo, sólo pretende experimentar con el tema de su relación —en circunstancias que un hombre de ciencia debe realizar sus experimentos y otras indagaciones en el recoleto recinto de su gabinete, y presentar al público los resultados obtenidos sólo cuando superaron la fase de comprobación de las hipótesis y éstas se han convertido en conclusiones o propuestas argumentadas, o sea, en tesis—. Pero no es voluntad del presente estudio entregarse a esas vanas seducciones ni abusar de la paciencia de quien lo lea, sino hacerse cargo de un problema conceptual cuyo esclarecimiento viene determinado por apremios ciertos e impostergables planteados por la actual fenomenología del delito, o dicho de manera más exacta, por ciertas tendencias fácticas y legislativas en la persecución oficial de la criminalidad.

Hemos de premitir, sin embargo, que se trata de un argumento circundado de toda clase de incertidumbres. Por lo pronto, con difi-

* Catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

cultad se hallará en la Dogmática punitiva referencias a él y al nombre que lo designa. No, cuando menos, como una categoría propia de la Parte general de la disciplina. Pese a que la tradición va perdiendo pujanza en las obras de conjunto sobre el plexo de conceptos, instituciones y principios que son aplicables a todo delito y toda pena, aún quedan libros que perseveran, con razón, en anteponer al estudio de sus elementos el problema general de las clasificaciones que admiten las infracciones criminales, juntamente a sus sujetos y objetos. Dependiendo del criterio que se adopte para trazar la distinción —objeto jurídico, carácter de la ofensa, sujetos activo y pasivo, tipo que describe la figura, formas del acto o clase de resultado, gravedad del hecho, móvil del autor, etc.—, se tendrá las parejas formadas por delitos de lesión y de peligro, comunes y especiales, monosubjetivos y plurisubjetivos, de comisión y por omisión, instantáneos y permanentes, de predominante actividad y de resultado, comunes y políticos, y así sucesivamente, en un abanico que puede resultar y de hecho es amplísimo¹. A tales grupos se añaden otros, de cita menos frecuente y arraigo también menor en la doctrina, algunos de los cuales ofrecen serios problemas para encontrar asidero en aquel cuadro, dado que las ordenaciones habituales que lo componen provienen de conceptos de la doctrina del delito (*v. gr.*, los delitos tentados y consumados), no de modalidades entresacadas de la Parte especial. Es lo que abruma a los llamados delitos de posesión y de estatus². Otras veces, la infrecuencia no es índice de falta de justificación científica, como en los delitos de expresión, que son los que una persona comete mediante una declaración provista de contenido intelectual, un grupo asaz nutrido en concretas ocurrencias delictuosas (injurias, calumnias, amenazas, estafa, falso testimonio, denuncias o alarmas falsas, perjurio, etc.). Mérito imperecedero de Eduardo Kern, quien aisló el concepto, fue haberse fijado en una forma precisa que puede asumir la manifestación de voluntad —la co-

¹ Un exhaustivo desarrollo de estas clasificaciones puede todavía consultarse en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 2.^a ed., t. III, 1958, pp. 123-296. Muy sintético, en cambio, Köhler, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Springer, Berlín, 1997, cfr. pp. 127-129. Numerosas obras de la hora prefieren examinar las clasificaciones en los momentos que parecen oportunos de la estructura del delito, o sea, al interior del elemento que entre en consideración, sobre todo la tipicidad. Así, por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, cfr. pp. 260-269.

² Nombres chocantes que anticipan aquello que en verdad está en juego allí: el castigo, no de hechos, sino de situaciones; no de actos, sino de personalidades tenidas por disvaliosas; no de culpables, sino de enemigos. Para su desarrollo y sus problemas, cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y criminológica*. Atelier, Barcelona, 2005.

municación lingüística— en una serie de maleficios que se perpetran precisamente a través del lenguaje o de acciones provistas de análogo poder comunicativo³.

Pues bien, de un enclave en esas clasificaciones no es factible discurrir a propósito del delito experimental, sencillamente porque jamás se lo trata allí ni, en general, en segmento alguno de los elementos fundantes de la responsabilidad criminal. Ya hemos dicho que son contadas las menciones a su estampa en la bibliografía especializada. Todas las que conocemos constan en obras de penalistas argentinos o publicadas por extranjeros que trabajaron largo tiempo en tierras rioplatenses, y ninguna desarrolla la noción. Jiménez de Asúa la nombra en su estudio del delito imposible y el delito putativo, muy de pasada y sólo para descartar que la actuación de agentes provocadores —asunto sobre el que tornaremos pronto— represente una forma de delito putativo. Citando un antiguo fallo de la Cámara Federal de Córdoba, sostiene que la figura del agente provocador funciona como un delito imposible, «aunque sea una especie peculiar de él», como una hipótesis de carencia de tipo, delito *aparente* o delito *experimental*, «preparado de antemano con un pronóstico absolutamente negativo en cuanto a la posibilidad de su consumación»⁴. También a propósito del agente provocador comparece el delito experimental realizado «con fines de investigación policial», en el pensamiento de Zaffaroni, quien distingue éste de aquél a la luz de los deberes jurídicos de la policía en el marco de una investigación penal, en el sentido de que sólo ante la inminencia de un grave ataque contra preeminentes bienes jurídicos de titularidad individual, podría acudir a un medio extraordinario como el experimento, ya que, en tal caso, la actividad policial pasaría a ser «un deber jurídico para los agentes del

³ Véanse, al respecto, KERN, *Los delitos de expresión*. Traducción de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1967; una aplicación de su doctrina, en GUZMÁN DALBORA, *El delito de amenazas*. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 1.ª reimpresión, 2006, especialmente pp. 166-180, y un punto de vista basado en la moderna Filosofía del lenguaje, en POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS, *Cometer delitos con palabras*. Teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico-penal. Dykinson, Madrid, 2004, especialmente pp. 27 y ss., y 61 y ss.

⁴ Op. et ed. cit., t. VI, 1962, pp. 678-679, y t. VII, 1970, pp. 713-714. Adelantemos que el delito experimental, al que se concederá una definición dentro de poco, no coincide con ese delito *irreal* o *aparente* tratado en las monografías de ALFREDO DE MARISCO y CARLO FIORE (cfr., respectivamente, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, en la revista *Scuola positiva*, Milano, 1951, e *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959). La apariencia criminosa, categoría afín al delito imposible, concierne a supuestos en que la tentativa está ausente por falta de elementos constitutivos del tipo. Al respecto, en castellano, NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*. Salamanca, 1963, pp. 131-132.

Estado»⁵. La asociación entre delito experimental y agente provocador se lee también en Fontán Balestra, para el cual existe el primero «cuando se quiere comprobar la conducta de un sujeto, con lo que el agente provocador [...] constituye un verdadero experimento»⁶. Si estas alusiones resultan esporádicas, fuera de la Argentina son rarísimas y marginales⁷.

A continuación procuraremos mostrar que el campo del delito experimental se extiende allende la investigación policial y el propio concepto de agente provocador —que, como se sabe, tampoco tiene que pertenecer al cuerpo de la policía⁸—. Pero para ello es preciso establecer la noción y delimitar el alcance de nuestro tema, sin decidir por ahora si ha de concedérsele plaza en las clasificaciones de los delitos. En seguida, abordaremos la licitud o contrariedad a Derecho de los actos realizados por su autor y, al final, la cuestión de si esos actos pueden constituir, en efecto, algún delito.

⁵ En otras palabras, está justificada por el cumplimiento de un deber. Pero, en la peculiar inteligencia del tipo que sustenta este autor, el cumplimiento de deberes asume el papel de una causa de atipicidad (conglobante). *Derecho penal*. Parte general. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar, Buenos Aires, 2.^a ed., 2002, pp. 798-799.

⁶ *Tratado de Derecho penal*. 8 vols. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.^a ed., 1966, t. II, p. 395. En cambio, Soler nombra el delito experimental, también escuetamente, en relación con el putativo, cuando «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». *Derecho penal argentino*. 5 vols. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 4.^a ed., t. II, 1988, p. 245 (en ésta y la anterior explica su amplio entendimiento del delito putativo).

⁷ Como esos «experimentos de pedagogía sexual activa» a que se alude en Alemania en punto al delito de corrupción de menores (favorecer que un tercero realice acciones sexuales con o ante un menor de dieciséis años), para excluirlos del privilegio que ampara a las personas encargadas de la educación del joven, una causa de atipicidad prevista en el § 180, número 2, del Código penal. Cfr. Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Beck, München, 48.^a ed., 1997, p. 940.

⁸ Cfr., por todos, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*. Edersa (Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1982, p. 8. En la 61 escribe: «El problema del agente provocador no debe quedar limitado a las actuaciones de la policía, sino que cualquier sujeto que actúe en las condiciones y circunstancias descritas podrá ser considerado como tal. Este parecer está reconocido actualmente de forma unánime».

2. Noción, alcance y situaciones más importantes de la experimentación con medios delictuosos

En general, se entiende por experimento la prueba y el examen empíricos de las virtudes o propiedades de una cosa.

Es una cognición que se remonta a Galileo. Observación y demostración eran los dos pernios y elementos inseparables de su método científico, llamado, precisamente, galileano (o experimental), en que el momento decisivo para establecer una ley o relación generales lo proporciona la reproducción de los hechos que interesa en el experimento. Éste, a su turno, «constituye la operación intermedia entre la observación contingente y la demostración necesaria [...], la concepción de un artificio natural, apto para la realización deductiva de la hipótesis teórica»⁹. En las ciencias de la naturaleza, donde este método halla su terreno propicio, los experimentos representan operaciones cuyo propósito es descubrir, comprobar o demostrar determinados fenómenos o principios. Sin embargo, en sentido amplio, esto es, no circunscrito a su genuina significación científica, experimental es el adjetivo que predicamos de todo aquello que se sabe y alcanza por la experiencia, con vistas a ulteriores perfeccionamientos o aplicaciones.

Delito experimental, pues, es el que sirve como experimento. Expresado con mayor precisión, y para no prejuzgar si constituye un grupo autónomo en las clases de delitos, digamos que se trata de *la realización de actividades que la ley penal describe como delictuosas, emprendidas con el designio de demostrar, comprobar o simplemente descubrir algún punto de interés para el artífice de la experiencia*.

Más importante que la constatación, para nosotros secundaria, de la dignidad o falta de jerarquía sistemática del concepto expresado en

⁹ MONDOLFO, *El pensamiento de Galileo y sus relaciones con la Antigüedad y el Renacimiento*, en su libro *Figuras e ideas de la Filosofía del Renacimiento*. Losada, Buenos Aires, 1954, p. (118-157) 125. Al unir la observación con la demostración, la experiencia con la necesidad racional, Galileo sentó las bases de la inducción en las ciencias naturales, que no otra cosa es «descubrir en el hecho observado una necesidad intrínseca por su vinculación con la causa que lo produce» (p. 122). De ahí que el científico pisano encarna «el punto de primera madurez de la filosofía natural, o la física, moderna» (Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*. 4 vols. Nueva edición, revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras y con supervisión de la profesora Priscilla Cohn Ferrater Mora. Ariel, Barcelona, 2001, t. II, p. 1426), junto a su contemporáneo Bacon, que proclamó la inducción como el único método apropiado para manipular los hechos y, con su ayuda, remontarse a los conocimientos universales. Por lo demás, partir de lo singular, de los hechos, es característico en toda la ciencia del Renacimiento y la Edad Moderna.

la definición, es destacar que con ella nada se supone sobre la licitud o las condiciones éticas de los experimentos en general. La deontología de las ciencias naturales tiene poderosas razones para prohibir o someter a límites estrechísimos la realización de ciertas prácticas, como la experimentación *in anima nobili*, salvo que medien una grave e inmediata necesidad terapéutica y el consentimiento del interesado, o la disección de vertebrados vivos desprovista de una exigencia médica o farmacológica que no quepa solventar sin la manipulación del animal¹⁰. Obsérvese, empero, que los experimentos condenados por la ética de las profesiones médica, veterinaria, biológica, etc., no dejan, por el anatema, de ser eso: experimentos en la acepción prístina del término. Precisamente el carácter en principio adiafórico de los últimos, su plasticidad terminológica y real, es lo que nos permite discurrir del empleo de medios delictivos con fines de indagación, comprobación o demostración, a sabiendas de que esos medios, salvo excepciones justificadas, caen bajo la prohibición del ordenamiento jurídico y, por ende, se substraen de antemano a la indiferencia moral¹¹. Y como en la experimentación sobre la naturaleza, también para la que se adentra en el ámbito del delito serán en línea de máxima irrelevantes tanto la calidad del autor del ensayo como los conocimientos que éste posea sobre el objeto investigado. Aquello que cuenta es su fin, en el sentido que explicamos. Asimismo, tampoco es decisivo que el «investigador» lleve adelante la iniciativa hasta la consumación del hecho o bien se detenga en la fase de tentativa, porque todo dependerá del instante en que él considere logrado el propósito que se trazó, algo que puede acontecer en cualquiera etapa de la fase ejecutiva de ese *iter* transitado con procedimientos criminales.

Por su amplio *alcance*, que acabamos de abocetar, la noción puede acoplarse a un considerable número de delitos y ser dócilmente adaptada a varias de las clasificaciones generales que éstos soportan, como una suerte de subcategoría posible e implícita. Representar algunas de las *situaciones más importantes* de delito experimental con ejemplos concretos, contribuirá a perfilar los contornos de dicha cabida:

¹⁰ Para lo cual nos permitimos remitir a nuestro estudio *El delito de maltrato de animales*, publicado en el volumen *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1319-1349.

¹¹ He aquí una de las razones por las que la Criminología no es ni puede ser una ciencia experimental. La conducta del hombre, y especialmente la del hombre que delinque, está substraída a experimentos que podrían representar un atentado contra su dignidad como persona, «proceder éticamente inadmisibile». García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª ed., 2003, pág. 64.

a) En el marco de una investigación sobre tráfico de estupefacientes, un funcionario de la policía, con autorización de sus superiores, la autoridad competente del ministerio público o el tribunal de la causa —para estos efectos, da lo mismo—, simula ser comprador de droga ante un sospechoso de comercio ilegal, con el fin de establecer la prueba del delito y descubrir la tendencia delictiva del sujeto. Ante la respuesta de éste, quien afirma disponer únicamente de una pequeña cantidad de pasta no refinada de cocaína, el otro le pide más y, en lo posible, dos centenares de gramos de cocaína en clorhidrato. Tras varios y azarosos días invertidos en agenciarse de la cantidad que se le pidió, el *dealer* consigue entregar al sedicente comprador un poco más que sus existencias originales. Es detenido y acusado por un delito de tráfico más grave que el que hubiera cometido con la primera venta.

b) En un espléndido balneario con casas de alquiler, la administración del conjunto de viviendas entra en alarma por la comisión de algunos robos con fractura. Contrata entonces a un detective privado para que investigue los sucesos, ya que no quiere incomodar a los acaudalados residentes con una investigación oficial de la policía. Buen sabueso, el detective sospecha pronto de una pareja de jóvenes. Una vez ganada su confianza, les confidencia que cierta casa quedará desocupada durante el siguiente fin de semana, días en que el morador correrá una regata en su yate. El propósito es atraparlos con las manos en la masa. Sin embargo, la noche del robo el investigador no alcanza a llegar a la hora precisa, pues su coche agota la gasolina en medio del camino que lo conducía al lugar. Tampoco los ladrones consiguen consumar la fechoría. Son sorprendidos por el propietario dentro de la casa, donde éste permaneció a raíz de la suspensión de la regata por mal tiempo, y huyen despavoridos tras encontrarse a bocajarro con su humanidad¹².

c) Una mujer demandada en un juicio sobre ejecución forzosa de una deuda, cuyo automóvil, secuestrado en el pleito, está a punto de serle retirado para la posterior subasta, recibe del funcionario al que se cometi6 la diligencia la propuesta de diferir la fecha del retiro, previo pago de una suma de dinero. La infeliz mujer, desesperada y sin dinero para el rescate del coche, acude al juez de su asunto, quien denuncia el hecho a la fiscalía. Ésta, por su parte, la provee de unos billetes marcados para que ella, con dos policías que la acompañarán secretamente, entregue al empleado la dádiva, dejando en evidencia

¹² Caso tomado de HARTWIG PLATE, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. De Gruyter, Berlin-New York, t. 94, cuaderno 2, 1972, cfr. pp. (294-322) 306-307.

su impostura. Lo que ocurre al irrumpir los policías en la estancia que sirve de despacho al empleado, cuya puerta quedó sin cerrojo.

d) Una comisión investigadora se forma en el Parlamento para esclarecer hechos de corrupción que comprometen a una autoridad gubernamental. Algunos de sus miembros recelan de cierto particular como autor de cohecho activo. Invitan al sospechoso a una reunión privada, en el transcurso de la cual le ofrecen su apoyo para proyectos de ley que interesan a los negocios del sujeto y, en todo caso, influir llegado el caso sobre funcionarios del Ejecutivo, todo ello a cambio de un emolumento modesto si se lo compara con los jugosos réditos involucrados. El fin —esto alegrarían después— es desenmascarar al presunto sobornante; pero éste se niega a pagarles y los denuncia.

e) Un estudiante de arte, con ocasión de exhibirse en el museo de Bellas Artes de la ciudad una serie de esculturas de afamadísimo creador, se apodera subrepticamente de cierta pieza, cuyo valor es incalculable, la saca del recinto y devuelve por conducto de la policía dos días después. Al consignarla a los incrédulos perseguidores, que no salían de su asombro —el hecho había despertado alarma pública, amén de comprometer la responsabilidad del país ante el Estado dueño de la colección itinerante— por semejante desenlace, aduce que su proeza formaba parte de un proyecto de investigación encaminado a comprobar las condiciones de seguridad del museo. Huelga decir que éste salió muy mal parado de la hazaña.

f) El equipo periodístico de un canal de televisión conjetura que cierto médico cirujano, conocido públicamente por participar en programas de una red de la competencia, extiende certificaciones falsas de enfermedad a trabajadores que rebosan de salud. Envía a un periodista a la clínica del profesional con una cámara oculta en su bolso. El hombre se presenta con el pretexto de que precisa una certificación que le permita ausentarse durante algunos días de sus tareas en la oficina donde asegura laborar, a lo que el incauto galeno responde que no se preocupe, que todo está bien y que basta con pagar el costo de la consulta. La ignominiosa escena es transmitida después por el canal en el horario estelar en que se emite los programas de denuncia periodística.

En estas y otras situaciones de análogo jaez, nos hallamos ante distintos sujetos activos: policías, fiscales, parlamentarios, o sea, empleados o autoridades públicas, aunque también ciudadanos privados o titulares de una profesión en el papel de esbirros. La diversidad del agente no debe hacer perder de vista que en todos los casos se trata del desarrollo de un experimento con medios formalmente delictivos.

De lo que deriva, como antes advertimos, que el alcance del delito experimental no está señalado por la calidad o investidura del sujeto y, en consecuencia, puede ser lo mismo una infracción común (hurto, tráfico de estupefacientes, etc.) que otra especial (cohecho, tráfico de influencias, etc.). No obstante, el problema de la licitud, determinante para hablar con propiedad de un delito en semejantes maniobras, recomienda tener en cuenta la eventual función que cumple el protagonista en relación con el fin que él persigue. Con tal apreciación se podrá resolver si el último se adecua a la primera y, por ende, recibe o no la aprobación del ordenamiento jurídico, en los términos en que éste autorizó la tarea respectiva.

3. El experimento delictivo y el agente provocador

El agente provocador, también llamado instigador aparente, es sin duda la figura más conocida de la experimentación en palabra, si bien la Dogmática jurídica no acierta aún a responder con seguridad a la pregunta sobre el juicio que merece su intervención en los hechos que provoca, apoya o coejecuta, en otras palabras, si ha de responder o no penalmente por ellos.

«Se da el nombre de agente provocador a aquel que induce a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado»¹³. Esta definición condensa una lograda síntesis de las tres concepciones reinantes en la materia: la italiana, que pone el acento en la finalidad del provocador de que el provocado reciba un castigo por su hecho, aunque éste llegue a consumarlo; la alemana, en que el énfasis recae en que el provocador no ha de querer sino la tentativa y nunca la completa realización del delito por el otro, y aquella variante tudesca que exige en el primero la adopción de medidas con que evitar el daño al bien jurídico¹⁴. Pero la proposición peca por defecto en el sujeto del concepto, que por algo se llama *agente*, no inductor. En realidad, la inducción constituye sólo una de las manifestaciones posibles de la actividad del que provoca, siquiera hoy como antes ella amadriga su forma clásica de presentación. Por lo demás, en castellano provocar significa tanto

¹³ PEÑA WASAFF, «Autoría y participación en el delito», en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, número 3, diciembre de 1972, p. (85-128) 112.

¹⁴ Un resumen de las tres posiciones en MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, cfr. pp. 34-39.

incitar a uno a que ejecute una cosa, como ayudarle en su realización o facilitársela.

Y es que existe toda una gama de supuestos en que el incitador puede y, de hecho, suele adentrarse en el ámbito de la participación y la *autoría* criminales, motivo por el cual autorizadas plumas optan por describirle como *copartícipe* aparente o simulado, empleando en ello el sentido amplio de la voz participación en la ciencia penal¹⁵. Como «nada cierra el paso a que la actividad provocadora se manifieste a través de un comportamiento de autoría o de participación, en todas sus especies y categorías»¹⁶, resulta que, amén de la inducción, pueden comparecer, entre otros casos, los siguientes. Primero, que el sujeto simule ser receptor de una inducción, como quien adopta el papel de autor o coautor de un delito¹⁷; segundo, que brinde ayuda al autor principal, en la forma de complicidad, especialmente si le procura un medio inadecuado que, en efecto, tampoco hace prosperar la infracción¹⁸; la tercera hipótesis es una variante de la anterior, o sea, que la colaboración rebase la zona periférica del tipo, penetre en éste y nos ofrezca al individuo como coautor; cuarto, que el agente se introduzca en una asociación ilícita o en grupos análogos para adquirir informaciones y pruebas de las actividades de sus miembros, ya que a menudo tal individuo —para cuyas prácticas se reserva el rótulo de «encubiertas», de menor carga semántica que la designación usual— tendrá que intervenir en fechorías concretas de la banda para tornarse creíble ante ella; y, en fin, todavía podría ser señalada la situación de quien aparenta ser víctima de un delito, por ejemplo, un hurto, con la mira de descubrir a alguno del que sospecha.

¹⁵ «La más corriente noción de agente provocador (o copartícipe simulado) es [...] la del individuo que, fingiendo estar de acuerdo con otras personas, mueve a éstas a cometer acciones delictivas, con la intención de impedir la consumación de las mismas una vez comenzada su ejecución y de poner a los hechores a disposición de la justicia, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar [...] En un sentido más amplio, se incluye también en este concepto al que presta ayuda al autor principal con igual propósito, las más de las veces con formas de cooperación inidóneas para el fin perseguido por éste». POLITOFF LIFSCHITZ, *El agente encubierto y el informante «infiltrado» en el marco de la Ley N.º 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, en el volumen *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y de jurisprudencia*, coordinado por Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica ConoSur, Ltda., Santiago de Chile, 1998, pp. (53-87) 54-55.

¹⁶ RUIZ ANTÓN, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷ Llamarle «agente provocador al revés», como lo bautizó Josef Kohler en el siglo XIX y repite Ruiz Antón en su monografía sobre el argumento (cfr. p. 61), es un error basado en que el agente provocador tiene que inducir para merecer el nombre de tal.

¹⁸ Plate, en *op. et loc. cit.*, cfr. p. 294.

Sabido es que el problema del agente provocador tiene dos facetas. Ante todo, una de Derecho penal material, pues hay que determinar la responsabilidad o irresponsabilidad criminales del provocador y, en consecuencia, del provocado. Este aspecto, del que nos interesará en primera línea si tales actos son o no conformes a Derecho, prefigura la solución del otro, que pertenece al Derecho procesal penal, a saber, la licitud o ilicitud de la prueba obtenida en contra del provocado, hasta el punto de que bien pudiera decirse que, resuelto el primer dilema, la respuesta al segundo fluye por sí sola, como una simple conclusión de lógica formal. Aquí hemos de centrarnos en el término condicionante, siquiera dedicaremos escuetas observaciones al condicionado.

Por lo pronto, es claro que cuando el provocador simula sufrir una acción que afecta bienes jurídicos disponibles para él, como algún derecho patrimonial, o lo que viene a ser lo mismo, personifica la condición de paciente de la pretendida infracción, no responde. El experimento es todo suyo; a nadie más que a él incumbe, al margen de que se trate de un policía o de un particular que desea confirmar los recelos que nutre respecto de un empleado a su servicio, poniendo a prueba su lealtad. Lo interesante del asunto, más bien, radica en que al otro tampoco puede imputarse penalmente aquello que emprendió, ya que estamos ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea, mejor dicho, de carencia de tipo¹⁹. Sea que la falta de consentimiento del sujeto pasivo figure como un elemento explícito o cual una exigencia implícita de aquél, en entrambos casos el individuo seducido por su avaricia y por la añagaza del simulador inicia una actividad que la ley no ha descrito como delito. Además, su absolución es independiente de que haya conocido o no la existencia del consentimiento del interesado, si es verdad que los asuntos criminales no convocan a formular juicios moralizantes sobre «desvalores» desligados de la lesión de bienes jurídicos, sino a realizar una constatación objetiva del injusto. Rige en esto, pues, la dirección o existencia de la voluntad aquiescente, no su declaración²⁰.

¹⁹ Aquí sí que pudiera hablarse de ese delito aparente que mencionamos *supra*, nota 4.

²⁰ La concepción mixta u objetivo-subjetiva de la antijuridicidad arriba a un resultado distinto. Condenará al provocado como autor de una tentativa o de delito consumado, según que el consentimiento que él ignoró funcione como causa de atipicidad o de justificación. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 88.

Pero los restantes casos, que forman la mayoría, no son tan fáciles de despejar. Por de contado que los fines que el ordenamiento jurídico aprueba hay que alcanzarlos con el uso de medios adecuados. Que el fin no puede justificar los medios obedece a «la sencilla razón de que los medios empleados determinan la naturaleza de los fines perseguidos»²¹. Como una nación beligerante no puede continuar pretextando la justicia de su causa si decide utilizar los mismos bárbaros métodos de guerra que arroja en su contra la nación adversaria, tampoco parece permitido ocuparse oficialmente del delito con procedimientos ladinos ni andar privadamente a la siga de sospechosos merced al embuste y la manipulación. He aquí, pues, que el solo planteamiento del maridaje cualitativo entre fines y medios invita a examinar el *quid* del agente provocador sin rodeos técnicos, o sea, atacarlo como lo que es: una cuestión atinente al contenido del juicio de antijuridicidad, aunque teniendo presente, eso sí, que en esto no existe una respuesta absoluta, sino que habrá que decidirla caso por caso según los bienes jurídicos involucrados y la entidad del peligro que gravita sobre su incolumidad²².

Sin embargo, en la doctrina penalista semejante metodología es excepcional. El grueso de la bibliografía sigue la solución del dolo, por demás ceñida al único caso de provocación en que pudiera salir airoso, esto es, la inducción. Sinteticemos hasta el esquematismo un enfoque que no compartimos²³. Se afirma que *este* agente provocador no obraría con el doble contenido que exige el dolo de la instigación²⁴. Si él sólo quiere que el provocado obre únicamente una tentativa, pero no que llegue a consumar el delito, desaparece la posibilidad de calificarle como instigador, ya que la faz subjetiva de la

²¹ ALDOUS HUXLEY, *El fin y los medios*. Una encuesta acerca de la naturaleza de los ideales y de los métodos empleados para su realización. Traducción de Jorge M. Bullrich. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 15.

²² Del mismo parecer, PLATE, op. et loc. cit., cfr. p. 308.

²³ Y no lo prohibamos porque escamotea el trasfondo del problema, que, según se dijo, es de injusto, antes que de tipicidad subjetiva (o de culpabilidad, en los sistemas neoclásicos). Como uno de tipo de injusto lo abordan también RUIZ ANTÓN, *op. cit.*, cfr. p. 14, y los autores glosados allí, a quienes pronto añadiremos por nuestra cuenta otros nombres. Bien escribe Politoff Lifschitz, op. et loc. cit., p. 70, que «las cuestiones acerca de lo que puede permitirse el Estado de Derecho sin perder legitimidad constituyen [...] la pregunta fundamental en esta materia».

²⁴ Discurrir de un *doble dolo* en la instigación, como es sólito en la doctrina alemana (cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Beck, München, 2003, pp. 137 y 172), traiciona un equívoco conceptual. Dos dolos sólo se compadecen con una pareja de diversos resultados delictivos, cuyo no es el caso. En realidad, el instigador actúa con un dolo solamente, sólo que *bifronte* —no doble—, porque representación y voluntad se extienden a dos aspectos, o «a más de una circunstancia del hecho», en la certera observación de Muñoz Sánchez (*op. cit.*, p. 56), a saber, determinar la voluntad del instigado y que éste perpetre el delito.

inducción, tipo dependiente, tendría que extenderse tanto a resolver una voluntad ajena como a que ésta *consume* el tipo independiente que entre en consideración. Por lo que al último requisito concierne, el entendimiento en palabra parte de la base de que como la autoría es inconciliable con un dolo de tentativa, pues sólo existe dolo de consumación, así también el dolo del instigador equivale a querer que el instigado remate el delito y no se detenga en fases imperfectas del proceso ejecutivo. Pero este mismo criterio reconoce que cuando el provocador quiso o aceptó que el provocado consume la fechoría, con tal de conseguir su punición, realiza un acto típico, antijurídico y culpable, a menos que le ampare —lo que se dará *cum grano salis*— una causa de justificación o de inculpabilidad. Esto aparte, la postura tropieza con graves obstáculos en algunos grupos de delitos, a saber, aquellos de consumación anticipada, para los que acude a la distinción entre consumación formal y consumación material²⁵, y, sobre todo, los de peligro abstracto, como el tráfico indebido de estupefacientes, o sea, precisamente el campo en que menudean hoy los provocadores de la policía, cuya irresponsabilidad penal se busca asegurar con distintos argumentos extraídos de una interpretación restrictiva de los tipos o, si ésta fracasa, dilatando los contornos del cumplimiento de un deber o del estado de necesidad como causas de justificación.

No vamos a detenernos en tales restricciones, harto discutibles y cuyo debate excede los propósitos del presente trabajo²⁶. Más nos apremia poner de relieve que el carácter accesorio de la participación no resta toda individualidad a la actuación del partícipe²⁷. Que no hay

²⁵ Denominada «terminación» entre los alemanes y, en Italia, por influjo carrariano, «agotamiento». La distinción, inobjetable en la teoría general del delito, como el subproducto que es de sus formas especiales de aparición, está subordinada, con todo, a las peculiaridades de cada ordenamiento, la forma en que el arte legislativo construya delitos de consumación anticipada (de tendencia interna trascendente, emprendimiento, etc.) y, en particular, a que en tales figuras la ley presupone que la acción que las consuma formalmente implica de suyo una afectación del bien jurídico, al menos como peligro, riesgo que, salvo otras restricciones típicas —que citaremos en el siguiente apartado— también incumbe al provocador. En cambio, Roxin, quien concibe la participación como un ataque accesorio a bienes jurídicos, examina tres grupos de delitos (de peligro abstracto; de emprendimiento y actos preparatorios especialmente penados, y tipos con elementos intencionales referidos al bien jurídico) en que se presentaría una consumación formal «antes de que comience la lesión del bien jurídico». *op. cit.*, p. 182.

²⁶ Una lúcida e imparcial crítica en MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, cfr. pp. 79 y ss.

²⁷ Hasta el extremo de que en el pasado, con Carrara, Getz, Massari y otros, se quiso construir la complicidad como un delito en sí mismo, para salvar el principio de personalidad de las penas y hacer responder al cómplice por hechos propios. Cfr. AN-TÓN ONECA, *Derecho penal*. 2.^a edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Akal, Madrid, 1986, p. 457.

dolo de tentativa es certísimo para el autor, mas otra cosa puede ocurrir con quien lo instiga. «La punibilidad del instigador no deriva de lo que él se propone, sino de lo que él hace ejecutar», escribió Impallomeni²⁸, y lo que hace ejecutar es cuando menos una tentativa, tan punible para el autor —y así se admite en general, prueba de lo cual es que la intervención del instigador en orden a detener a tiempo la secuencia que iba a parar en la consumación, no representa un supuesto de arrepentimiento eficaz que libere al autor²⁹— como para quien lo provocó a realizarla. En verdad, la tentativa entraña siempre un peligro de bienes jurídicos, que en nuestro tema se comunica del primer sujeto al segundo. Tal consideración, oportunamente recordada por ciertos criminalistas³⁰, nos deja *ad portas* del encuadre correcto del problema, que lo emplaza en su congrua sede, la antijuridicidad. El agente provocador responderá, en principio, como instigador (o, en su caso, cómplice o coautor, según la modalidad concreta de codelinquencia que adopte su provocación) de un delito tentado (o consumado, si ya no pudo detener la progresión del negocio). Puesto que el objetivo que él persigue no quita un ápice de injusto a su acción, en tanto en cuanto la cultura del país de que se trate repruebe la provocación para delinquir³¹ y el legislador, a su vez, no desmienta las aspiraciones valorativas de la comunidad creando

²⁸ *Istituzioni di Diritto penale*. Prima ristampa dell'edizione postuma curata da Vincenzo Lanza. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli, 1911, p. 384.

²⁹ Porque la actividad impeditiva la puso el otro y, por tanto, es independiente de la voluntad del que realiza el tipo. Si, pues, hay un autor de un hecho punible, o de partes de éste, habrá que castigar también al inductor de ese hecho o de sus partes que quedaron completas. Impallomeni, *op. cit.*, cfr. p. 385. Es un corolario obligado de aquel principio de la ontología formal del Derecho, según el cual quienes ocupan la misma posición en una relación jurídica no pueden recibir calificaciones distintas en términos de licitud o contrariedad a Derecho. Claro es que la doctrina del injusto personal, por su parte, resolverá de manera variable el juicio de antijuridicidad, de acuerdo con la disposición subjetiva, o sea, la voluntad buena o dañada de cada codelincuente.

³⁰ Por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*. Publicados, 3 vols. Ariel, Barcelona, t. I (por Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo), 1972, p. 885, y, especialmente, Antón Oneca, *op. et ed. cit.*, p. 414: «la tentativa implica siempre un riesgo para el bien jurídico atacado y produce cierta alarma general, no siendo de equidad que el creador de la situación quede impune».

³¹ «El que en ese propósito quisiera ver una causa de justificación, estaría desconociendo que nuestra cultura no aprueba la provocación para delinquir, aunque tal hecho, en último término, esté dirigido contra el delincuente». MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. Keip Verlag, Goldbach, 1997 (reproducción facsimilar de la edición de Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923), p. 406; antes, en p. 188, ya había escrito que el fin del instigador no despoja a su acto de la antijuridicidad.

una causa de justificación al dictado de requerimientos de pretendida eficiencia³². Una eximente de esa índole cancelaría el deslinde que divide el pliegue preventivo de la función estatal de defensa del Derecho, confiado a la policía, y la faceta sancionadora de aquélla, que compete a los tribunales, sin nombrar la invitación que se extendería a los particulares para que hagan oficio de prender personas, en evidente menosprecio de la superioridad de la jurisdicción. No es ésta, por fortuna, la situación en la generalidad de los ordenamientos occidentales, para los que sigue teniendo actualidad un conocido pasaje de Bettiol, que ayuda transcribir: «El fin que se propone el agente provocador, esto es, asegurar el culpable a la Justicia, no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o lesionar un bien jurídico. Los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos «perpetrados», no ya de suscitar, más o menos malignamente, conductas criminosas en pos de fines denominados lícitos. Y con mayor razón esto vale para el particular»³³.

Sólo entonces, esto es, una vez establecida la ilicitud de dichas actuaciones, adquiere importancia la cuestión del dolo y, en general, la culpabilidad, al paso que el procedimiento inverso, que es el común, al ocuparse de disposiciones subjetivas antes de tratar la antijuridi-

³² La virtud y facultad para lograr un efecto determinado no puede ser sólo mecánica en la persecución de los delitos, pues tal eficacia degradaría el magisterio punitivo del Estado a una mera justicia actuarial, que de justicia sólo lleva el nombre. La corriente afirmación de que la tutela de los bienes jurídicos reclamaría imperiosamente, frente a las actuales asechanzas de la criminalidad «organizada», que las policías se sirvan de métodos subrepticios de investigación y tiendan insidias con que atrapar a los malhechores, introduce una cuña que hiende el edificio del Estado de Derecho y una concepción liberal de la vida de relación. Por lo demás, pocas nociones habrá más turbias y menos despejadas conceptualmente que la de criminalidad organizada, categoría antes criminológica que jurídica y con la que se pasa por alto que en todo delito se puede disponer y preparar a un grupo de personas para la ejecución, sin que por ello exista una asociación ilícita, que es ya muy otra cosa. Sobre el particular, GUZMÁN DALBORA, *Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2.ª época, número 2, julio de 1998, cfr. p. (153-207) 157.

No está de sobra tener presente que entre eficacia y garantismo tampoco media contraposición alguna. Justo en la negación, por leyes oportunistas o prácticas de barbarie procesal, de los derechos y garantías de los justiciables, reside la causa más importante de la ineficiencia en la judicatura penal. Cfr. APONTE, *Guerra y Derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, cfr. p. 451.

³³ *Diritto penale*. Parte generale. 12.ª ed., cuidada por Luciano Pettoello Mantovani, Cedam, Padova, 1986, pp. 653-654, donde recalca, una vez más, que no pertenece a la función de la policía, en un Estado de Derecho, reprimir delitos después de haberlos provocado artificialmente. Últimamente, Palazzo insiste en que el cumplimiento del deber policial no comprende las actividades provocadoras. Estos agentes estatales sólo tienen facultad para recoger pruebas de delitos perpetrados. *Corso di Diritto penale*. Parte generale. Giappichelli, Torino, 2.ª ed., 2006, cfr. p. 519.

cidad, sigue una metodología próxima al razonamiento moral. Pues bien, los actos del provocador serán de ordinario culpables, ya que las reservas mentales que él albergue no modifican el hecho de que indujo objetiva y subjetivamente a otro a cometer un delito³⁴. Una reserva mental no desdice la inducción, del mismo modo que en el delito de amenazas la *reservatio* del autor tampoco neutraliza la voluntad declarada si no fue conocida por el destinatario de la conminación³⁵. Supuesta la tipicidad de la actuación, no vemos cómo librar de pena a provocador y provocado.

Existen, sin embargo, ciertas situaciones, no muy numerosas, que conducen a la liberación, ora porque implican la justificación del acto, ora porque no permiten siquiera llegar a ese nivel de la estructura del delito y dejan detenido el análisis en la exclusión del acto o en la atipicidad. Así, como no es factible instigar al que ya está resuelto a cometer un delito *determinado*, falta la eficacia, por tanto, la causalidad y, en consecuencia, el acto en quien pretende convencer al convencido³⁶. Luego, cuando se adopta de antemano providencias que tornan desde *todo* punto de vista inverosímil la consumación del hecho, se tendrá una tentativa inidónea o apariencia delictiva que deja en la atipicidad tanto al provocador como al provocado³⁷.

³⁴ En el mismo sentido, Rodríguez Devesa, quien, perspicazmente, añade que «sólo los actos objetivos de propio y voluntario desistimiento del provocado podrán excluir la tentativa para él y para el provocador, sin perjuicio de la responsabilidad en que ambos incurran si los hechos realizados hasta entonces son en sí mismos constitutivos de delito» (tentativa calificada). *Derecho penal español*. Parte general. 13.^a ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, p. 813.

³⁵ En efecto, una amenaza es seria cuando ha sido formulada para ser entendida como hecha en serio. Cfr., por todos, Eser, en SCHÖNKE Y SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*. Kommentar. Beck, München, 25.^a ed., 1997, p. 1701.

³⁶ Se dice que el policía que simula comprar droga de un sospechoso de tráfico ilegal negocia con un *omnimodo factorus*, atendido el carácter fungible y automático de las operaciones del último (así, Politoff Lifschitz, *op. cit.*, cfr. p. 78). Pensamos, empero, que la inducción, aquí como en cualquier otro caso, tiene que ir dirigida a actos concretos, del mismo modo que el inducido ha de decidirse por éstos, cualquiera que fuese su anterior disposición general. Si un sujeto es conocidamente sicario y está dispuesto a matar personas con tal que se le abone el precio, nadie dudará en considerar como instigador a quien lo contrate para matar a alguien ni de condenar al autor si realiza el objeto del pacto criminal.

³⁷ ANTÓN ONECA, *op. et ed. cit.*, cfr. p. 474. En el tráfico de estupefacientes será asaz rara la demostración de la falta de peligrosidad de la acción de la policía, pues ésta tendría que controlar completamente que la droga cuya compra solicita jamás irá a parar a otras manos. Y esa certeza, la de que el traficante no venda la mercancía a otro interesado e incluso —como acaece con alguna frecuencia y por doquier— que el agente encubierto no comerciará él mismo con el botín, nadie la puede garantizar. Con razón registra Muñoz Sánchez, *op. cit.*, cfr. p. 105, que mediante la inducción al tráfico el agente provocador pone en riesgo precisamente el bien que habría que proteger, la salud pública.

Por último, una acción provocadora en su forma, pero necesitada en el fondo, cumplimentará el presupuesto básico del estado de necesidad, siempre que el bien que se trata de salvar sea uno de elevada significación y titularidad individual, como la vida o la salud³⁸. Pero en este último supuesto la intervención del que provoca no tiene por objeto generar un hecho injusto, sino impedirlo o interrumpir una cadena de actos delictivos³⁹; expresado con otras palabras, no se trata de un experimento, al igual que en la defensa legítima, en que el defensor quiere conjurar un peligro, no probar algo con su acción.

Se comprenderá entonces que aquí no queda espacio para el cumplimiento de un deber, terreno que hay que transitar con pies de plomo para no desfigurar las obligaciones constitucionales y legales de la policía. Pensamos sobre todo en las figuras de agente encubierto y agente provocador descritas en la legislación sobre estupefacientes. La Ley chilena número 20.000, de 16 de febrero de 2005, define al primero como «*el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales [sic] o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes relevantes para la investigación*»; a renglón seguido, emplea el eufemismo de llamar agente «revelador» al «*funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga*», y, finalmente, declara a ambos «*exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*» (artículo 25).

La referencia a la proporcionalidad invita a pensar en el cumplimiento de un deber. Pero extraer ese corolario sería apresurado. De

³⁸ En muchos pretensos casos de necesidad estará ausente el peligro actual para el bien jurídico, o el juicio que pondera los bienes en conflicto arrojará una desigualdad valorativa, con preponderancia del que se lesiona a costa del que se dice proteger (ROXIN, *op. cit.*, cfr. pp. 180-181). Así ocurre en la provocación para atrapar traficantes de droga, donde la salud pública cede en importancia ante la autodeterminación y, en definitiva, la dignidad del sospechoso, al que se utiliza como un simple instrumento en pos de intereses sociales (MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, cfr. p. 106), procedimiento que corresponde más a la lógica de un Estado totalitario que a otro liberal de Derecho.

³⁹ De ahí que ZAFFARONI lo considera como un caso de cumplimiento del deber policial, por ejemplo, en la interrupción de unos asesinatos en serie. Pero «no sucede lo mismo cuando se trate de otros bienes jurídicos difusos, colectivos o de menor importancia, o cuando la lesión no es inminente, en que la apelación a tales medios lesionaría gravemente la imagen ética del Estado, debiendo investigarse las conductas que los lesionan por medios ordinarios», no a través de experimentos. *Op. et ed. cit.*, cfr. p. 799.

que la justificación es improcedente, de que aquí un Estado que se proclama de Derecho combate el delito con sus mismas armas y, por añadidura, estimula la comisión de nuevas infracciones, brindan una prueba la historia fidedigna del precepto⁴⁰ y la propia dicción legal, que habla de los *delitos* perpetrados o no impedidos por el provocador. Son, pues, actos típicos, antijurídicos y culpables⁴¹, sólo que no punibles en virtud de una excusa absolutoria de fundamento opinable y de letérea orientación por las actuaciones que premia la entidad estatal.

Establecida su antijuridicidad y teniendo en cuenta, además, la unidad de lo injusto en el ordenamiento jurídico, va de suyo que las evidencias recogidas con métodos de semejante ralea no pueden incorporarse con valor probatorio a juicio. No es sólo por los patentes riesgos asociados a una policía que con tales medios en la mano operará de una manera difícil de controlar, con el consiguiente atentado contra la legalidad de la persecución penal, sino, especialmente, por la violación del principio de inocencia y del derecho de toda persona investigada a no declarar sin saber antes de qué se le inculpa, merced a engaños y maniobras que le sonsacan su propia condena, y la desnaturalización del juicio con sucedáneos de la prueba —testigos de segunda mano o reservados u otros atajos que coliden con fundamentales principios del Estado de Derecho—, somos de la opinión de que el experimento juega aquí en contra del investigador, quien con ese material espurio nada podrá hacer, salvo guardárselo avergonzado y en silencio⁴².

⁴⁰ Por algo en la tramitación parlamentaria se prescindió de la cláusula de que esas actuaciones «no constituyan una provocación al delito», que se tuvo a la vista en la Ley de enjuiciamiento criminal española, como requisito para conceder la excusa. Cfr. el *Boletín* número 2439 de la Cámara de Diputados de Chile.

⁴¹ Es la significación sistemática que posee la voz «delito» en el Código penal chileno, al paso que la palabra «hecho», alude indistintamente a actos, actos típicos o actos típicos y antijurídicos. Cfr. GUZMÁN DALBORA, *El delito de amenazas*, cit., p. 313, texto y notas 164 y 165.

⁴² La tesis, que no es nuestra, sino de STEFAN BRAUM, de la interdicción de valorar la prueba que se obtiene mediante una investigación encubierta, se apoya en los supuestos políticos de un Estado de Derecho que no quiera entregarse a los métodos del Estado totalitario. Para Lüderssen, a su turno, la mejor manera de poner coto a ciertas prácticas policiales, consiste en que los jueces rechacen todo medio probatorio en que haya intervenido un agente provocador. Cfr. BRAUM, *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, traducción de PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en el volumen colectivo *La insostenible situación del Derecho penal*. Comares, Granada, 2000, pp. (4-24) 23-24, y LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*. Festschrift für Karl Peters. Mohr, Tübingen, 1974, p. (349-371) 371.

4. La experimentación delictiva por otros sujetos

Descartada en general la licitud de la provocación por cuenta de la policía, los restantes casos de experimentación con medios delictuosos⁴³, o sea, los que emprendan otros empleados públicos o simples particulares, reclaman *a fortiori* idéntica conclusión: son actos antijurídicos.

Por lo pronto, las investigaciones paralelas a la persecución oficial de los delitos presentan un delicado problema. En efecto, como no pertenece a la esencia de la jurisdicción en lo criminal, resulta que la investigación de cómo ocurrió un delito y quién lo perpetró puede interesar a personas ajenas al ministerio fiscal. Pero informarse del asunto, haya comenzado o no la pesquisa fiscal, podrá hacerlo quien quiera que sea sólo si emplea en ello medios lícitos⁴⁴. Tampoco hay que perder de vista que esas investigaciones «pueden ser muy perjudiciales para la justicia (confusión, desvalorización de las personas que informan por acumulación de los interrogatorios, influencias bastardas, etc.)»⁴⁵. De hecho, si el investigador traspasa los límites puede incurrir, amén de en una usurpación de funciones, en una provocación también penada por la ley, como en el caso que nombramos de los parlamentarios (cohecho activo)⁴⁶. Por un campo asimismo friable marchan el periodismo denominado «de investigación», ya que el profesional del ramo, si se da maña en instigar a otro a una acción punible, registra subrepticamente el episodio y lo difunde con toda publicidad, responderá como inductor de esa acción (*v. gr.*, una falsedad documental) y autor de un ataque contra la esfera de intimidad, y el oficio de los detectives privados, como el de nuestro ejemplo, que indujo a un robo.

En fin, la mera curiosidad o el afán de vanagloria, despojados incluso de una pseudo pretensión de colaborar con la Administración de Justicia, caen sin ambages en la red de la legislación penal. Así, pongamos por caso, en la medida en que el espionaje informático esté concebido como el acceso no autorizado a los datos de un sistema de tratamiento de información, el sujeto que se procure sin derecho tales cogniciones cometerá el delito, sin que importe cuáles fueron sus fines, que el lucro, la curiosidad o el gusto de demostrar a los de su cír-

⁴³ Recuérdense los referidos *supra*, apartado 2.

⁴⁴ BELING, *Derecho procesal penal*. Traducción del alemán y Notas por Miguel Fenech. Labor, Barcelona, 1953, cfr. p. 37.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ La tipicidad de su conducta no puede ser eliminada aduciendo que ellos no obraron «con el fin de ejecutar u omitir actos propios del cargo», porque descubrir sospechosos es tarea ajena a su esfera de funciones.

culo la propia habilidad en meterse donde no se le llama. Pero cuando el tipo oponga restricciones, por ejemplo, si exige en el hurto que el autor obre con *animus rem sibi habendi*, podrá tenerse un supuesto de injusto impune⁴⁷.

5. Conclusión

Tras todo lo expresado pudiéramos concluir lo siguiente. Exista o no un delito experimental como una especie particular dentro del concierto de las clasificaciones propias de la Parte general, el hecho es que no resulta lícito utilizar medios delictivos para la demostración empírica de fin alguno que acaricie el autor del experimento. Como los tipos penales describen actos que ordinariamente son antijurídicos, ilícitas serán también por lo común las experiencias fraguadas en su contacto. En verdad, quien emboca este camino juega con fuego, y arriesga salir por lo menos chamuscado e incluso quemado si el propósito que se trazó es irrelevante para la realización típica. El Derecho penal es un asunto serio. No se puede esperar que nos apruebe si, manejando desaprensivamente sus medios, él pasa a censurar la imprudencia del experimento y la arrogancia de poner en jaque bienes jurídicos. Si la ilegitimidad de los experimentos con seres humanos es objeto de conveniente realce en la Criminología actual⁴⁸, tanto más debiera estimárselos prohibidos en las ciencias normativas que versan sobre delito, pena y proceso penal.

Y lo que rige para la apreciación jurídica, vale parejamente para el enjuiciamiento ético. La consecución de un fin justo, incluso de uno trivial o indiferente, no puede pretenderse merced al uso de artificios que tratan al prójimo como una cosa librada al arbitrio de quien la manipula con propósitos experimentales, hollando en él su dignidad⁴⁹. De donde vuelve por sus fueros la antigua máxima de que fines justos deben ser alcanzados sólo con el empleo de medios asimismo justos⁵⁰.

⁴⁷ Un *furtum usus*, como el cometido por nuestro estudiante de arte. Coincidente, Roxin, *op. cit.*, cfr. pp. 184-185.

⁴⁸ GARCÍA PABLOS, *op. et ed. cits.*, cfr. pp. 63-64.

⁴⁹ Por cierto, la cuestión de la dignidad de la persona no ha permanecido al margen del debate jurídico-penal sobre la licitud de las prácticas provocadoras. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁵⁰ Contra un posible reproche de idealismo en este principio regulativo, al que desmentirían las acciones realizadas al amparo de una causa de justificación, replicaríamos que quien se defiende, resuelve un estado de necesidad, etc., pone a salvo bienes amenazados mediante actos típicos, pero sin servirse de agresores o terceros como conejillos de indias. De ahí que un exceso intensivo o extensivo degrada la justificante y convierte en antijurídico el saldo, por ejemplo, cuando se apalea al agresor ya fuera de combate para ver si escarmienta.