



EL AGENTE PROVOCADOR

*Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Costa Rica.*

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 (1). Para analizar el problema nos basamos en la teoría de la causación ("Verursachungstheorie"), 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 (2). 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 (3).

El problema del agente provocador es, desde

(1) El concepto de agente provocador no es algo inmutablemente establecido. Nuestra definición difiere de la que es tradicional en autores italianos, franceses y españoles. En la doctrina latina pueden distinguirse sobre la figura dos claras tendencias: a) Unos creen que lo que caracteriza al agente provocador es no estar interesado en la consumación del delito como tal, sino en que el delito se intente o se consuma para que resulte daño al instigado o ayudado (así, CARRARA, Parag. 1594; MAGGIORE, I, pág. 142; CUELLO CALON, I, pág. 609). b) Otros piensan que lo específico del agente provocador es perseguir, como fin o motivo, que el instigado o ayudado sea descubierto por la autoridad, sometido a proceso y condenado (así, JIMENEZ DE ASUA, pág. 508; MANZINI, II, pág. 503; MALINVERNI, pág. 396; DELL'ANDRO, pág. 865; NEPPI-MODONA, pág. 223). Común a ambas corrientes es definir la figura a través del fin o motivo de la actuación del agente provocador; la primera, en la forma general de dañar al instigado o ayudado; la segunda, mediante el fin específico de llevarlo a proceso y someterlo a pena.

(2) Así, JESCHECK, pág. 558; BAUMANN, págs. 577 y 592.

(3) JESCHECK, pág. 558.

esta perspectiva, un problema de culpabilidad (4), que afecta únicamente al cómplice y al instigador (5).

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 consumir 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 (6), 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 (7), 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,

(4) Supone que la acción del agente provocador es típica y antijurídica.

En tanto que nada autoriza a alguno a cooperar con otro o a instigarlo en la comisión de un delito, la conducta del agente provocador no puede justificarse por mandato de la ley o cumplimiento de un deber legal, sea autoridad o particular (así, DELL'ANDRO, pág. 869; MALINVERNI, pág. 399). Por ello es errónea la posición de quienes, como MANZINI (II, pág. 911) y ANTOLISEI (P. G., pág. 422), sostienen que hay causa de justificación cuando la autoridad o el particular, con orden de ésta, realizan actividades de agente provocador para descubrir al delincuente, someterlo a proceso y lograr su castigo.

Algunos han invocado la legítima defensa como causa justificante para el agente provocador, cuando trate de descubrir actividades delictuosas, promovidas por grandes intereses económicos o políticos, tales como el tráfico de drogas o el espionaje (así, MALINVERNI, pág. 399). Tal tesis es errónea; en todos esos casos falta la actualidad del peligro, esencial en la legítima defensa (así, también, NEPPI-MODONA, pág. 277).

En cuanto al consentimiento del derechohabiente, el problema sólo puede plantearse en los casos de bienes jurídicos disponibles. Si tal consentimiento existe hay justificación para el agente provocador. Por ejemplo, A, que sospecha que B, su empleado le hurta, pide a C que lo instigue a realizar un hurto, para tomarlo con las manos en la masa. C está justificado por el consentimiento del derechohabiente. Pero el consentimiento acordado hace lícito (no antijurídico) el resultado producido. B, que desconoce la situación objetiva justificante, no podrá alegar causa de justificación (sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación, véase nuestro artículo "Los elementos subjetivos de las causas de justificación", Revista Judicial No. 14, San José, Costa Rica, 1979).

En todos aquellos casos en los que el agente provocador instigue o ayude a otro a realizar un delito putativo o un delito imposible, habrá impunidad para aquél. Para el provocador habrá también impunidad en el primer caso y medida de seguridad (art. 24 Cód. Pen.) en el segundo. Pero la sola intervención del agente provocador no convierte la acción en atípica o en inidónea, ni al delito en putativo o imposible. Por ejemplo, si A instiga a B a estafar a C, quien había sido previamente avisado de las maniobras que intentaría B, el delito no es imposible. La imposibilidad absoluta del resultado (art. 24 Cód. Pen.), que caracteriza en nuestro derecho al delito imposible, no depende de la inidoneidad de la acción, sino de la falta del objeto.

(5) Ciertamente el autor o el coautor pueden realizar el hecho punible con la finalidad de que la autoridad descubra a los otros coautores o participantes. Pero tal circunstancia no tiene influencia alguna sobre la responsabilidad total, por el hecho realizado, del agente provocador, autor o coautor. Algunos autores (así, KARGE, pág. 18; NEPPI-MODONA, págs. 220, 221, 222, entre otros) extiende el concepto de agente provocador al coautor, e incluso al autor en sentido estricto. Afirman que es agente provocador el policía que, infiltrado en la banda de malhechores que planea el gran golpe, asume papel de coautor o de autor en sentido estricto en delitos menores, anteriores al grande que quiere evitar.

(6) Entre otros, CARRARA, Parag. 1594; MALINVERNI, pág. 397; DELL'ANDRO, pág. 867; NEPPI-MODONA, pág. 229; ANTOLISEI, P. G., pág. 422; MAGGIORE, II, pág. 144; CUELLO CALON, I, pág. 610; RODRIGUEZ DEvesa, P. G., pág. 656.

Es necesario tener presente que CARRARA (Loc. Cit.), partidario de la punibilidad del agente provocador, hace, sin embargo una salvedad, un tanto falta de lógica, dentro de su tesis fundamental. Dice: "Únicamente considero discutible hasta qué punto puede ser responsable el agente provocador cuando un gobierno inicuo, desmoralizador y desmoralizado, hace de él un instrumento para sus fines políticos". No veo lógica alguna en absolver al chivato, por ser chivato, y en condenar al provocado!

(7) Así, MAGGIORE, II, pág. 144; CUELLO CALON, I, pág. 610; RODRIGUEZ DEvesa, P. G., pág. 656; CARRARA, Parag. 1594; ANTOLISEI, P. G., pág. 422. Esta tesis parte del principio de accesoriedad de la conducta del participante con relación a la del autor principal, autor de una tentativa. Por ello, tomamos esta característica de la corriente en comentario para denominarla.

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 (8). Y 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 (9) y Hurtado Pozo (10), quienes afirman la punibilidad del agente provocador en aquellos casos en los que el bien jurídico corra peligro (11). 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") (12). 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 (13).

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 (14), 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 (15) 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 (16). 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 (17). 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

(8) En tal sentido, DELL'ANDRO, pág. 867; MALINVERNI, pág. 397; NEPPI-MODONA, pág. 229.

(9) JESCHECK, pág. 522.

(10) HURTADO POZO, pág. 368, quien considera insuficiente el criterio de la impunidad del agente provocador, ya que éste "crea un peligro para el bien jurídico protegido".

(11) En aquellos casos en los que el agente provocador coopera o instiga a la realización de un delito putativo o de un delito imposible, es claro que es impune porque, entre otras cosas, el bien jurídico no corre peligro alguno. Pero cuando no se dan estas hipótesis, ¿cuáles podrían ser los casos en los que, existiendo hecho punible realizado por el provocado, la intervención del agente provocador no hace correr peligro alguno al bien jurídico tutelado? En nuestra opinión solamente hay dos posibilidades: o se introducen nuevos criterios, —por ejemplo, la distinción entre consumación formal y consumación material—, para poder diferenciar las intervenciones del agente provocador punibles e impunes, o bien se afirma la punibilidad del agente provocador en todos los casos, pues la misma existencia de un hecho punible tentado, realizado por el provocado, es suficiente para afirmar que el bien jurídico corrió peligro.

(12) Por ejemplo, SCHAFFSTEIN, ZStW Bd. 57, pág. 323.

(13) Así, H. MAYER, pág. 336. Si el agente provocador solamente quiere que el delito quede en estado de tentativa, siempre es punible, dice H. MAYER (pág. 342) "wegen eines Angriffes auf die rechtstreue Gesinnung des Aufgeforderten".

(14) Con normas parecidas a las nuestras, igual argumento para el Derecho Penal alemán, KARGE, pág. 21.

(15) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720 y "Strafrecht", pág. 240.

(16) STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 240.

(17) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720.

aplicación de la pena (18). 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") (19).

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 (20) 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 (21).

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 (22) 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 ("omnimodo facturus"). En tales casos, si el agente provocador proporciona apoyo o consejo, puede ser cómplice (23). 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 (24). 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.

(18) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720.

(19) STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 240.

(20) Así, KARGE, pág. 24.

(21) No analizaremos posiciones que afirman la punibilidad del agente provocador, partiendo de una concepción equivocada del concurso. Tal es la tesis de LOEWENHEIM (págs. 50 ss.), quien considera que el instigador responde sólo por su hecho propio, que es haber determinado al autor a la comisión del delito. Es esta determinación lo que consume el delito. Desde esta errónea concepción del concurso, afirma la punibilidad del agente provocador.

(22) Así, HEILBORN, pág. 73; GERLAND, pág. 199; SINGEWALD, pág. 60, entre otros.

(23) Así, KARGE, pág. 28.

(24) Así, por ejemplo, en nuestro Derecho no es punible el consumo de drogas estupefacientes tales como marihuana, cocaína, etc. De acuerdo con la Ley General de Salud (art. 372) es punible el tráfico, el transporte, el suministro, etc. o la posesión de la droga para tales fines. Suele ocurrir que un consumidor de droga, que tiene unos pocos cigarrillos de marihuana o unos cuantos gramos de cocaína venda a una autoridad (agente provocador), que se hace pasar por consumidor desesperado, una pequeña cantidad para que satisfaga sus necesidades. Es apresado en el preciso momento de la venta.

Nuestra jurisprudencia ha dictado sentencia condenatoria en tales casos contra el consumidor; normalmente no llevan las autoridades a proceso a tal agente provocador. Esta solución nos parece injusta. Ciertamente el agente juega el papel de instigador, pero también participa como coautor en lo castigado, que es el tráfico de drogas, delito de participación necesaria. Afirmar, como lo ha hecho alguna sentencia, que en tal caso el agente no quería traficar la droga sino descubrir al delincuente, nos lleva entonces a plantearnos el problema de si en la hipótesis hay delito alguno que perseguir, incluso con relación al provocado. En efecto, el delito de tráfico de drogas es de los llamados "delitos-contratos", cuyo presupuesto es una operación jurídica, por ejemplo, una compraventa prohibida. Si se niega la voluntad contractual de uno de los participantes, se niega la existencia del contrato, base de la punición de los participantes necesarios. Si se afirma que la intervención del agente provocador no anula la voluntad contractual (simple reserva mental), entonces no hay ninguna razón para no condenar también al agente provocador. "Tercius non datur"; a menos que la tercera posibilidad descansa en la razón de Estado.

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

10. Especialmente Katzenstein (25) e Ibach (26) 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) (27), 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 (28). 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 (29). Esta característica del dolo del instigador deriva claramente del artículo 46 Cód. Pen. (30). 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 (31).

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 (32), dado que la tentativa, penalmente relevante, requiere la voluntad de consumación del delito (art. 24 Cód. Pen.) (33). 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 accesoriadad vale en el concurso para todos y cada uno de los elementos del delito. Ahora bien, no es cierto que la accesoriadad 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 (34).

(25) KATZENSTEIN, pág. 407.

(26) IBACH, pág. 76.

(27) HURTADO POZO, pág. 314.

(28) Así, STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 718; KARGE, pág. 30.

(29) Así, entre otros, JESCHECK, pág. 522; BAUMANN, pág. 577; MEZGER-BLEI, pág. 250; ROXIN, LK, Vorb. Parag. 26, Anm. 14; SCHMIDHÄUSER, pág. 555; STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 239; DREHER, Vorb. Parag. 26, Anm. C a), b) y c); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 15; RUDOLPHI UND AND., Vorb. Parag. 26 Anm. 6; KARGE, págs. 12 y 13.

(30) En tanto que el artículo 46 Cód. Pen. establece la determinación intencional del instigado ("intencionalmente determinaren") a la consumación del hecho punible ("a cometer el hecho punible").

(31) Así, BAUMANN, pág. 592.

(32) Así, BAUMANN, pág. 577; KARGE, pág. 13; SCHMIDHÄUSER, pág. 555.

(33) Así, KARGE, pág. 13.

(34) Así, HERZBERG, pág. 133.

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 quizo 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 quizo 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 (36) 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 (37). 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.

(35) Entre otros, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26 Anm. 12; WACHENFELD, pág. 206; JESCHECK, pág. 522; KARGE, pág. 14.

(36) Así, IBACH, págs. 73, 74; SINGEWALD, pág. 82; MAURACH, págs. 582 ss.; DREHER, Vorb. Parag. 26, Anm. C c) (restringiendo la impunidad al caso de que el agente provocador quiera evitar la consumación del delito); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 20.

(37) Así, HEILBORN, pág. 6; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 16.

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 delin-

cuenta. 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 quiso 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.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale" (Parte Generale), 5. ed., Milano, 1963.
- BAUMANN, "Strafrecht" (A. T.), 7 Aufl. Bielefeld, 1975.
- CARRARA, "Programa de Derecho Criminal" 2a. Ed., Bogotá, 1966.
- CUELLO CALON, "Derecho Penal", I (Parte General), Barcelona, 1960.
- DELL'ANDRO, "Agente provocatore", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo I, Milano, 1958.
- DREHER, "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl., München, 1975.
- GERLAND, "Deutsches Reichsstrafrecht", Bd. I, 2a. Aufl., Berlin und. Leipzig, 1932.
- HEILBORN, "Der agent provocateur", Berlin, 1901.
- HURTADO POZO, "Manual de Derecho Penal" (Parte General), Perú, 1979.
- IBACH, "Die Anstiftung", Breslau, 1912.
- JESCHECK, "Lehrbuch des Strafrechts" (A. T.), 3. Aufl., Berlin, 1978.
- JIMENEZ DE ASUA, "La ley y el Delito", 3a. ed., México y Buenos Aires, 1959.
- KARGE, "Der agent provocateur", Diss. Univ. Frankfurt am Main, 1969.
- KATZENSTEIN, "Der agent provocateur vom Standpunkt des RStGB", en *ZStW*, Bd. 21 (1901).
- LOEWENHEIM, "Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht", Breslau, 1897.
- MAGGIORE, "Derecho Penal", Vol. II, Bogotá, 1972.
- MALINVERNI, "Agente provocatore", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo I, Torino, 1968.
- MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Vol. II, Torino, 1963.
- MAURACH, "Deutsches Strafrecht" (A. T.), 3. Aufl., Karlsruhe, 1965.
- H. MAYER, "Strafrecht" (A. T.), Stuttgart und Köln, 1953.
- MEZGER-BLEI, "Strafrecht I" (A. T.), 14. Aufl., München, 1970.
- NEPPI-MODONA, "Il reato impossibile", Milano, 1965.
- ROXIN, en "Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar", 10. Aufl., Berlin, New York, 1978.

- RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español", Parte General, Madrid, 1971.
- RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch" (Bd. 1, A. T.), Frankfurt am Main, 1975. (Citado, Rudolphi und and.).
- SCHAFFSTEIN, "Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems", en *ZStW* Bd. 57.
- SCHMIDHÄUSER, "Strafrecht" (A. T.), 2. Aufl., Tübingen, 1975.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch" "Kommentar", 18. Aufl., München, 1976.
- SINGEWALD, "Der agent provocateur" "Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen", Breslau, 1908.
- STRATENWERTH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil I", Köln, Berlin, Bonn, München, 1971. (Citado, Stratenwerth, "Strafrecht").
- STRATENWERTH, "Der agent provocateur", en *MDR*, 1953, págs. 717 ss. (Citado, Stratenwerth, *MDR*, 1953).
- WACHENFELD, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", München, 1914.
