

AGENTE ENCUBIERTO E INSTIGACIÓN

*Por Jaime Retamal Herrera
Fiscal Adjunto*

El autor sustenta, a partir del análisis de algunas sentencias, que la mera presencia del agente encubierto en una investigación no conlleva necesariamente la instigación, y que ella debe acreditarse suficientemente, y no presumirse por su simple presencia en la ejecución del delito. Sostiene además que la instigación se caracteriza por la génesis en el instigado de la resolución delictiva, y que una preordenación delictiva del sujeto descarta totalmente la instigación, lo que acarrea la punibilidad de la actividad de quien ha tomado, en forma previa a la actividad del agente encubierto, la decisión de ejecutar un delito.

Como se pudo apreciar desde el momento de su publicación en el año 1995, y de su sola lectura, la Ley N°19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, supuso una reforma apreciable en materia de incriminación y política criminal respecto a las drogas ilícitas en nuestro país. En efecto, si se la compara con su antecesora en la materia, la Ley N°18.403 de 1985, se desprende que ella no sólo significó la inclusión de nuevas conductas punibles^{1[2]}, ni únicamente estableció la sanción al consumo bajo ciertos supuestos, ni se agotó en la tipificación del denominado “lavado de dinero”, sino que una de sus más importantes novedades la constituyó, la introducción por primera vez en Chile, de nuevos métodos de detección e investigación de esta clase de delitos^{2[3]}, constituidos principalmente por las intercepciones telefónicas, y el uso del denominado agente encubierto^{3[4]}.

Desde la publicación de la nueva legalidad en materia de persecución al narcotráfico, han transcurrido ya más de ocho años, y resulta particularmente interesante reflexionar acerca de la acogida jurisprudencial a través de algunas sentencias destacadas^{4[5]}, de una de estas técnicas de investigación en especial.

^{1[2]} En este sentido, Jean Pierre Matus A. El tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido amplio, como figura básica en la Ley N°19.366, en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus A. Editorial Jurídica Conosur, 1998, pág. 111 y 112.

^{2[3]} En este sentido, Michel Diban Q., y María Teresa Muñoz O., Las nuevas técnicas de investigación criminal en la Ley N°19.366 y Aplicación práctica de las nuevas técnicas de investigación criminal introducidas por la Ley N°19.366, respectivamente, en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus A. Editorial Jurídica Conosur, 2000, pág. 207 y 237.

^{3[4]} Un visión crítica puede encontrarse en Stefan Braum. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En La Insostenible situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Area de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 3 y siguientes.

^{4[5]} El presente artículo no pretende entonces dar cuenta de una revisión exhaustiva y completa sobre la materia del agente encubierto, sino destacar algunas de las más representativas.

En particular me refiero a algunas sentencias^{5[6]} o votos disidentes^{6[7]} referidos a la utilización del agente encubierto, que sin constituir todavía, al parecer y afortunadamente, jurisprudencia constante, han absuelto a acusados por tráfico ilícito de drogas, entre otros variados argumentos, debido a que esta técnica policial habría derivado en la investigación de portadores de droga, que instigados por el agente policial, le venden una dosis del alcaloide.

Sin perjuicio de apreciarse que algunos dogmáticos de derecho penal ya han reflexionado acerca del tema, criticando esta técnica por su cercanía con el agente provocador^{7[8]}, o porque en los hechos la figura legal derive en éste último, resulta interesante analizar si en las decisiones jurisprudenciales señaladas realmente existió un agente provocador, y cual es el efecto jurídico penal de esa actividad, tanto en el sujeto provocado, como en el propio agente.

Razonamiento judicial

El razonamiento que se expresa en las sentencias citadas es el siguiente:

Primeramente se acredita como hechos de la instancia, que el funcionario aprehensor llegó hasta determinado inmueble, usando la técnica del agente encubierto, debido a que denuncias anónimas indicaban la venta de drogas en el domicilio, y que luego de tomar contacto con quien resultaría posteriormente acusado por el referido delito, esta persona le ofrece para la venta algunas dosis de droga, y en los momentos en que le exhibe la droga, el funcionario se identifica como Carabinero, procediendo a su detención, allanamiento y decomiso.

Supuestos de hecho

En efecto en la causa contra Julia Inés Santis Gómez, la sentencia de la Iltma. Corte tuvo por establecido lo siguiente: “1º) Que, según el Parte policial de fojas 1 el Carabinero Milton Muñoz Labarca "usando la técnica de agente encubierto" llegó hasta el inmueble de calle Diez N° 987, de Ñuñoa, porque denuncias anónimas indicaban que en el interior de la Población Exequiel González Cortés se vendía marihuana y clorhidrato de cocaína y a las 18:30 horas del 22 de octubre de 1997 concurre hasta el domicilio antes indicado y tomó contacto con una mujer quien le ofreció para la venta dos paquetes pequeños de marihuana en la suma de \$ 1.000 cada uno y en los momentos en que le exhibía la droga aquel se identificó como Carabinero, procediendo a su detención y al allanamiento del lugar, decomisándose la droga exhibida al carabinero.”.

^{5[6]} Sentencias de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de Julio y 22 de Noviembre de 2001, dictadas en las causas contra Juan Quiroz Osses Rol N°41.485-01, y contra Julia Inés Santis Gómez, Rol N°75.214-2001, respectivamente, publicadas en la Gaceta Jurídica N° 257 de Noviembre de 2001, págs. 144-146. También, sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de Junio de 2000, contra Teresa Urra Urra, Rol N° 61.795-99, Gaceta Jurídica N°240 de Junio de 2000 , pág. 168.

^{6[7]} En este sentido el voto en contra del Ministro Sr. Carlos Cerda, en la causa contra Ana María Muñoz Farías y otros, Rol N° 66.876-2000, publicada en la Gaceta Jurídica N°246, de Diciembre 2000, pág 170.

^{7[8]} En este sentido, Sergio Politoff L. El Agente encubierto y el informante “infiltrado” en el marco de la Ley N°19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus A. Editorial Jurídica Conosur, 1998, pág. 53.

Por su parte, en la causa contra Ana María Muñoz Farías y otros, la Iltma. Corte fijó como hechos los siguientes: “1º) Que de los antecedentes reseñados en el considerando primero de la sentencia que se revisa, se tiene por acreditado, que mientras los funcionarios aprehensores se movilizaban en un furgón de color rojo, se les acercaron un joven y una sola mujer a ofrecerles marihuana. Si bien señalan que en el lugar había una segunda mujer, ésta nada les ofrece, y sólo participa en la huída que se produce al momento que los policías se identifican. El que al momento de su registro haya tenido una pequeña cantidad en su poder, ningún antecedente fluye de autos que permite siquiera presumir que la estaba intentando vender.”.

Asimismo, en la causa contra Teresa Urra Urra, se tuvo por acreditado que: “...como aparece de los antecedentes, el funcionario de Carabineros, Orlando Olivares Benavides expresa que le entregó a la imputada Urra un billete de mil pesos debidamente individualizado y marcado, recibiendo a cambio del mismo, un papelillo de pasta base, los carabineros Rodrigo Oyarzo Mauricio y Luis Palma Fernández deponen sobre el hecho de haber confesado la acusada ser autora del referido delito como también dedicarse a comercializar droga; por último las funcionarias policiales que señalan haber allanado su ropa y cuerpo, Jeanette Cares Inostroza y Mercedes Placencia Placencia, refieren que encontraron una cajita en el bolsillo de su delantal que contenía cinco papelillos de pasta base.”.

En similar sentido se ha pronunciado una sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal de Villarrica, de fecha 10 de diciembre de 2001, contra José Ricardo Vera Fuentealba y otros, Ruc N°0100007814-6, que en lo pertinente sostuvo: “Que no obstante lo señalado por la defensa de José Ricardo Vera Fuentealba, en relación a que fue inducido por los agentes encubiertos debido a su personalidad y un supuesto ofrecimiento de trabajo y a que el procedimiento llevado a cabo por éstos fue ilegítimo y por último, que a lo más le corresponde responsabilidad en calidad de cómplice, tales circunstancias se ven del todo desvirtuadas si se tienen en consideración los siguientes aspectos: a) Fue él y sólo él quien ofreció he hizo el contacto respectivo para adquirir la droga y a instancias del mismo, los agentes debieron trasladarse a Temuco, llamando telefónicamente a su contacto en varias ocasiones; b) Que, durante el trayecto recibía las instrucciones del lugar y circunstancias en que haría la transacción, fue quien les presentó al tercero y permaneció con ellos en todo momento, hasta el instante mismo en que se produjo la venta y su detención, facilitando con ello el acceso de la droga...”.

Por su parte, en la causa contra Luis Alberto Osorio Solís y Leonardo Jorge Carvajal Salinas, RUC:0100020298-K, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, de 15 de Mayo de 2002^{8[9]}, tuvo por establecido el fundamento fáctico de la acusación del Ministerio Público, a saber: ”que una investigación practicada por Carabineros del O.S. 7, en la Comuna de Coquimbo, culminó el día 30 de Mayo del año

^{8[9]} En esta sentencia, el Tribunal Oral en lo Penal, absolvió a uno de los acusados estimando para ello que la actividad realizada por éste fue provocada por un informante. Ahora bien, la actividad de este informante, que no resulta precisada en los hechos establecidos por el tribunal de la instancia, habrían consistido en acompañar, al cabo Rodríguez Montenegro, los días 23, 26 Y 27 de Mayo del año 2.001, a casa de este acusado para tratar de concretar alguna venta, sin ingresar, realizándose finalmente el día 30 de Mayo del año 2.001, un operativo en el que participaron entre diez a doce funcionarios, ya que este acusado había decidido vender droga.

2,001, en horas de la tarde, al ser sorprendido un sujeto luego de transar 77 gramos de pasta base de cocaína, de una pureza del 24%, **incitado** por un individuo, reclutado por la policía, que le entregó la suma de \$200.000, en billetes de \$10.000 previamente marcados, facilitada por no de los funcionarios participantes.”. Es dable destacar que, dentro de la descripción de los hechos que realiza la sentencia, se incluye una calificación jurídica absolutamente improcedente, cual es que el sujeto fue sorprendido luego de transar pasta base incitado por un individuo. En efecto, dicha calificación no es propiamente una descripción de hechos, y por ende no puede servir de fundamento para una posterior calificación de derecho, y más aún, el fallo debió haber partido por la especificación de los hechos acreditados en el juicio oral, que posteriormente serán calificables como instigación a cometer delito. En rigor, al hablarse de instigación se está sosteniendo una conclusión que debe extraerse a partir de los hechos acreditados en el juicio, y los elementos de prueba no permiten dejar por establecido un juicio jurídico.

Calificación jurídica

Más tarde, y en lo que nos interesa, los referidos hechos son calificados por la sentencia como un acto de instigación punible al tenor del artículo 15 N°2 del Código Penal, en cuanto considera autores a “Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”, advirtiendo que no es materia del análisis de la sentencia la exención de responsabilidad del referido agente inductor.

Finaliza el razonamiento judicial, aseverando que no resulta posible reconocer a la actitud del agente encubierto la capacidad legal para forzar una conducta de tráfico por parte de la procesada, puesto que de aceptarse, se estaría vulnerando, de manera rotunda, la legitimidad de un Estado de Derecho, condenando la criminalidad que uno de sus agentes ha generado.

Conclusiones

Las conclusiones más relevantes que podemos extraer del citado razonamiento – en ambas sentencias es prácticamente idéntico- son las siguientes:

- a) a) En opinión de las referidas sentencias, es calificable como instigación, al tenor del art. 15 N°2 del Código Penal, el hecho de que una persona tome contacto con otra, sobre la que existen sospechas de su actividad como vendedor de drogas, y que luego de ello, ésta última le ofrezca la sustancia para su adquisición;
- b) b) La referida instigación, si es realizada por un funcionario policial, no es legítima conforme la Constitución, siendo procedente la absolción del encausado.

Desde mi perspectiva, las referidas decisiones, y su razonamiento implícito, deben ser analizadas desde el punto de vista dogmático penal, centrándose el estudio en dos aspectos:

- 1) 1) Los elementos que configuran la instigación, y especialmente, el nexo que debería existir entre la actividad del instigador y la acción resultante en el instigado.
- 2) 2) Las consecuencias jurídico penales generales de estimar la presencia de instigación para el instigado. En otros términos, si la instigación, atenúa o exime de responsabilidad del inducido.

1) 1) Nexo que debería existir entre la actividad del instigador y la acción resultante en el instigado.

Dogmática nacional

Sobre este punto, la doctrina nacional ha entendido que para que pueda hablarse de instigación es menester que el agente haya formado en el instigado la voluntad de obrar, y de hacerlo, precisamente en el sentido del tipo^{9[10]}, o ha señalado en otros términos, que la inducción debe ser eficaz, esto es, que debe efectivamente hacer nacer la determinación de realizar el hecho, y por ello, si el inducido rechaza la instigación, o si ya se había formado por sí sola la resolución de ejecutar el hecho, antes de intervenir el inductor, o finalmente, si la actuación de este último hace nacer en el incitado la determinación de ejecutar un hecho delictivo totalmente distinto, el inductor no es punible y no hay participación criminal^{10[11]}. Asimismo, de otra forma, se ha precisado que para que la inducción sea penalizada, deben concurrir, tres condiciones, siendo una de ellas, que la inducción haya sido decisiva para que el instigado realice el delito. Ello significa que el inducido debe realizar el hecho precisamente porque ha sido instigado, pues si estaba decidido con anterioridad o adoptó la resolución al margen de la instigación, no hay inducción.

Se ha postulado también que una de las condiciones que deben concurrir para que haya inducción, es que haya sido decisiva la acción del inductor en la resolución del inducido de ejecutar el hecho, precisándose que la persona sobre la cual se ejerce la inducción no puede estar decidida a la comisión del hecho, pues esto equivaldría a un delito imposible de parte del inductor; sería como matar a un muerto. Si el inducido ha adoptado la determinación de ejecutar el hecho (omnímodo factorus) la inducción no cumple la finalidad que el legislador disvalora, esto es, inclinar a una persona a la comisión de un delito^{11[12]}.

Dogmática comparada

En la **doctrina comparada española**, las opiniones son prácticamente coincidentes. En efecto, se ha sostenido que la inducción en sentido estricto tiene una serie de requisitos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, y sobre los cuales existe acuerdo generalizado. Uno de ellos, es que la inducción ha de ser determinante, de manera que no puede apreciarse, si el sujeto hubiera ya decidido a realizar el delito. Esta decisión ha de nacer, precisamente, a consecuencia de la actuación del inductor^{12[13]}. O en otros términos, que no basta con que el estímulo venga a reforzar la decisión ya tomada, actividad que si

^{9[10]} En este sentido, Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 244.

^{10[11]} En este sentido, Alfredo Etcheberry O. Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 93 y 94.

^{11[12]} En este sentido, Mario Garrido Montt, Etapas de Ejecución del Delito, Autoría y Participación. Editorial Jurídica de Chile 1984. Págs. 288 y siguientes.

^{12[13]} En este sentido, Gonzalo Quintero Olivares. Curso de Derecho Penal. Parte General. Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prat y Miguel Prats Canut. Editorial Cedecs. Barcelona 1996. págs. 488 y siguientes.

será eficaz cuando el sujeto todavía no ha adoptado la resolución criminal, pero es ya proclive a adoptarla, o está casi decidido^{13[14]}.

Asimismo, se ha precisado que al tenor del Código Penal Español, instigar es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso, y que la inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por eso tiene que ser necesariamente dolosa, pues es quien ha concebido realmente el delito y se lo trasmite a otra persona, el autor. Se ha estimado que es discutible la situación del llamado agente provocador, ya que se instiga a un hecho determinado que ha de ser evitado o detectado por la autoridad. Luego, sin propósito de ejecución no hay una verdadera instigación ni ella es completa, pues se requiere que sea a una ejecución. Por tanto, tampoco es punible como proposición pues no hay resolución a cometer el delito. Se ha afirmado claramente que no constituye provocación la actuación policial dirigida al descubrimiento de un delito en su comisión, y que tal sucedería en la demanda de droga y la posterior detención del vendedor, pues el delito se configura como tenencia de droga para el tráfico en el antiguo artículo 344 de Código Penal, lo cual aparece respaldada por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1992^{14[15]}.

Lo anterior es más claro, si se adopta una perspectiva naturalística, y se sostiene que la inducción es causación dolosa de la acción típica y antijurídica, y consiste en hacer surgir en otro la resolución de cometer el acto delictivo a través de una influencia síquica. Entre ésta y el resultado criminal producido, debe existir una relación de causalidad^{15[16]}.

La doctrina especializada además, ha denominado a estos supuestos como el problema del omnímodo facturus, esto es el caso en que dolo del inductor se dirige a la causación de una resolución ya existente en el inducido. Sobre el particular se ha sostenido que se trata de un sujeto inidóneo para ser inducido al mismo hecho que ya ha resuelto cometer, debido a la imposibilidad misma de apreciar la relación causal entre la incitación y la resolución del autor, presupuesto mínimo de cualquier juicio de imputación^{16[17]}.

Dentro de la **dogmática alemana**, la situación es exactamente la misma, sosteniéndose que el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho mismo, y que la acción del inductor ha de ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal. Pero que si el sujeto a inducir ya se haya decidido a cometer el hecho (omnímodo facturus) únicamente concurriría tentativa de inducción o complicidad psíquica^{17[18]}. Asimismo, se ha precisado que es inidóneo objeto de la instigación, el autor que ya antes de la aparición del instigador estaba decidido a cometer el

^{13[14]} En este sentido, José A. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. José A. Sainz Cantero. Bosch Casa editorial S.A. Barcelona. 1985, págs. 194 y siguientes.

^{14[15]} En este sentido, Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ª edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malareé. Ediciones PPU. Barcelona 1994, págs. 446 y siguientes.

^{15[16]} En este sentido, José A. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. José A. Sainz Cantero. Bosch Casa editorial S.A. Barcelona. 1985, págs. 194 y siguientes.

^{16[17]} En este sentido, María del Carmen Gómez Revero. La inducción a cometer el delito, Tirant Monografías, editorial Tirant Lo blanch, Valencia 1995, págs. 402 y siguientes.

^{17[18]} En este sentido, Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II. págs. 957 y siguientes.

hecho concreto (omnímodo facturus). En estos casos desaparecerá la responsabilidad por la inducción, en tanto el instigador haya intentado incitar la comisión del mismo hecho o la de un delito menos grave, distinguiéndose eso sí que existirá una plena responsabilidad del instigador si ha ampliado considerablemente la resolución del autor^{18[19]}. En este mismo sentido, se ha señalado que quien está decidido a cometer el hecho de todos modos, ya no puede ser inducido con éxito (pero esta inducción cabe intentarla si se desconoce que el autor está decidido al hecho), y que naturalmente, no se da una decisión de cometer el hecho, ya cuando alguien es propenso en general al hecho^{19[20]}.

Jurisprudencia Nacional

En este sentido se pronunció el tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, en la causa RUC N°0100044497-5, contra Rey Guillermo Rojas Valdés, dictando con fecha 7 de Septiembre de 2002 sentencia condenatoria, y teniendo presente en su considerando décimo lo siguiente: “... a juicio de este Tribunal no ha existido prueba ilícita, ya que el acusado no fue instigado a cometer el delito, sino que solamente fue contactado por el informante, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que toda transacción (desde el contacto telefónico hasta la entrega de la droga) fue hecho en pocas horas, por lo que resulta evidente que el acusado estaba en posesión de ella y con intención de transferirla, siendo el único elemento que se encontraba pendiente, el comprador.”.

Análisis de los presupuestos fácticos de la sentencia

Todo lo anterior permite desestimar la calificación de inducción de los presupuestos fácticos de las referidas sentencias. En efecto, como se recuerda, en ellas simplemente se establece que luego del contacto del agente encubierto con quien resultará encausado, es éste quien ofrece para su venta la droga, en forma prácticamente inmediata, de tal forma que no se advierte que el agente policial haya formado la voluntad de obrar en dicho sujeto.

Dicho en otros términos, una sentencia que expresa que los hechos acreditados en la investigación son: que el agente encubierto meramente tomó contacto con un sujeto, y que sin separación temporal, fue éste ofreció venta de droga, en ningún caso permiten desprender la existencia de actividad tendiente a hacer nacer la resolución delictiva, precisamente debido a que la acreditación de la inducción exige establecer la actividad del inductor, y que ésta ha sido la causa de la resolución y ejecución delictiva del inducido.

En síntesis, los hechos establecidos en la sentencia no acreditan la existencia de la más mínima actividad por parte del agente encubierto, dirigida a que un sujeto reflexione, y luego de ello, se resuelva a la comisión del ilícito.

Pero más aún, si los presupuestos fácticos de los fallos acreditaran que el agente encubierto se limitó a solicitar droga a un sujeto desconocido, en un lugar en que se tenía conocimiento que se traficaba droga, tampoco sería posible dar lugar a la inducción, por varias razones.

^{18[19]} En este sentido, Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ediciones Ariel Barcelona, 1962, págs 373 y siguientes, traducción de Juan Córdoba Roda.

^{19[20]} En este sentido. Günther Jakobs. Derecho Penal. Marcial Pons. Edición Jurídica S.A. Madrid 1995. págs. 804 y siguientes.

Primeramente, debido a que una actividad tan mínima, consistente en la mera sollicitación del alucinógeno, difícilmente tiene la aptitud de formar en otro la resolución delictiva. La experiencia nos demuestra que la meditación y la resolución hacia la comisión de un delito, exige un proceso mínimo de reflexión, incompatible, con una respuesta inmediata a un requerimiento, y ello más aún, en el caso de ilícitos en que existe una conciencia colectiva acerca de su especial disvalor.

A ello ha de añadirse que la existencia de una respuesta inmediata al requerimiento de la droga, permite desprender casi en forma irrefutable, que el sujeto que la ofrece había adoptado con anterioridad la resolución de traficar droga a persona indeterminada, acopiando el estupefaciente, y manteniéndose a la espera de la solicitud de cualquier persona, de tal suerte que la resolución delictiva de comerciar droga estaba previamente tomada, aún mucho antes de la mera solicitud del agente encubierto, desechándose entonces que la actividad de éste tenga relevancia en la producción del ilícito.

2) 2) Las consecuencias jurídico penales generales de estimar la presencia de instigación para el instigado. En otros términos, si la instigación, atenúa o exime de responsabilidad del inducido.

Como apreciación general, debe indicarse que para el instigado, su situación de haber sido provocado en su resolución delictiva no aparece taxativamente como una causal de extinción o atenuación de la responsabilidad penal. En efecto, el tratamiento que se da a la instigación es como una forma o clase de autoría, esto es, como una norma de ampliación de la autoría propiamente tal para el instigador, pero nadie pone en duda la completa responsabilidad penal del instigado, salvo que concurriera en su favor alguna causal de exención de la responsabilidad criminal genérica, pero no originada precisamente en la actividad del instigador.

En el sentido anterior, parece haber acuerdo dentro de la dogmática nacional de que la inclusión de los auténticos instigadores en el N°2 del artículo 15 importa incorporar entre los que se consideran autores a un partícipe^{20[21]}. El artículo 15, entonces, no tiene por objeto precisar quién es autor, sino extender el alcance de esta noción a personas que en realidad no lo son, y por ello se inicia con las expresiones: “Se consideran autores”^{21[22]}.

Una situación completamente distinta es el debate que se ha producido en derecho comparado respecto del agente provocador^{22[23]}, que es el 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 hechos a disposición de la justicia penal, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar.

^{20[21]} En este sentido, Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 240.

^{21[22]} En este sentido, Mario Garrido Montt. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág.303.

^{22[23]} En este sentido, Juan Muñoz Sánchez. El agente provocador, Tirant Monografías, Valencia, 1995.

En otros términos, una adecuada resolución de la instigación debe distinguir dos situaciones:

a) La del sujeto que sin haber reflexionado ni decidido la ejecución de un delito previamente, y debido a la actividad posterior del instigador, medita y finalmente resuelve actuar en la comisión de un ilícito, en la cual es punible tanto la actividad del instigador como la del instigado.

Es en éste ámbito donde han surgido fuertes cuestionamientos político criminales a la actuación del agente encubierto que actúa como un verdadero provocador, y donde se estima que no resulta legítimo que el Estado a la vez incite a la producción de un hecho punible, para casi inmediatamente reaccionar punitivamente contra aquel sujeto inducido.

b) La del sujeto que posee una preordenación delictiva, esto es, un plan preconcebido para actuar, para realizar el hecho punible respecto de persona indeterminada, siendo indiferente quien sea éste último.

Estos supuestos, completamente distintos, entendemos que no pueden ser objeto de los cuestionamientos político criminales antedichos, ya que propiamente no existe instigación, y debido a que en ocasiones la intervención del agente encubierto resulta la única forma de confirmar definitivamente la actividad delictiva.

Efectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha exigido para la existencia del delito provocado, que el hecho no sea fruto de la iniciativa del autor provocado, sino que debe de venir determinado por el agente provocador. Esto es, que resulta necesario que tan sólo llegue a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente^{23[24]}.

Más aún, se ha podido apreciar que razones de política criminal llevaron al Tribunal Supremo a matizar las decisiones respecto del delito provocado, sosteniéndose que existían algunos supuestos de intervención del agente provocador que no determinaban la impunidad, y que pueden denominarse como supuestos de provocación policial para descubrir delitos ya cometidos. Lo anterior sustentado en que el señuelo puesto por los investigadores no va dirigido a la promoción del supuesto delito, sino a 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. Apreciándose además que tal distinción, entre delito provocado y la provocación judicial para el descubrimiento de delitos ya cometidos, se ha mantenido hasta la actualidad^{24[25]}.

Algunas conclusiones:

1) Existe coincidencia en la dogmática nacional y comparada, que la inducción ha de ser determinante a la ejecución del delito por el inducido, de manera que no puede apreciarse su existencia, si el sujeto hubiera ya decidido a realizar el delito.

2) Junto a lo anterior, también resulta pacífico en doctrina, que para el instigado, su situación de haber sido provocado en su resolución delictiva no aparece como una causal de

^{23[24]} En este sentido, Juan Muñoz Sánchez. Obra citada, pág. 113, citando jurisprudencia en tal sentido.

^{24[25]} En este sentido, Juan Muñoz Sánchez. Obra citada, pág. 116.

extinción o atenuación de la responsabilidad penal. Dándose un tratamiento a la instigación como una norma de ampliación de la autoría propiamente tal.

3) En este contexto, es dable exigir que tanto la investigación, como el razonamiento judicial, para calificar los hechos como instigación, den cuenta circunstanciada de la actividad anterior del inductor en orden a generar la resolución delictiva, y del vínculo entre esa actividad y la producción de la decisión de ejecutar el delito por parte del inducido.

4) Consecuencia de lo anterior, es que la mera presencia del agente encubierto en la ejecución delictiva no trae aparejada la existencia de instigación, siendo absolutamente punible la actividad del sujeto.

5) Debe distinguirse la actuación del agente encubierto, cuya actividad únicamente se dirige a confirmar la actividad delictiva preordenada, de las acciones que propiamente se dirigen a generar la resolución delictiva de un sujeto, lo que propiamente podría estimarse como supuestos de agente provocador.
