

CAPÍTULO V

EL ESTADO PROVOCADOR

No es coincidencia que forme parte de la misma ley, porque se trata de la misma lógica. El agente infiltrado —*undercover agent* en el sistema americano, *agente encubierto* en la nomenclatura española— o, en enunciado más contundente, el *agente provocador* (§ 17)¹, y la delación premiada van de la mano² en todas las legislaciones de Occidente, porque son complementarios.

El principio
de oportunidad

En este capítulo nos ocupamos, por tanto, de la figura del agente provocador, en perfecta asimilación de los principios de la delación premiada.

¹ Aquí, con todo respeto por las distinciones, equipararemos el agente provocador y el agente infiltrado, con fundamentos que expondremos más adelante, en este mismo capítulo. Sobre la distinción específica en el proceso penal, *vide* FERNANDO GONÇALVES; MANOEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO VALENTE, *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador*, Coimbra, Almedina, 2001. También observamos legislaciones como la colombiana, en cuyo art. 243 del C. de P. P. se dispone: “En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, solo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado”. *Vide* comentario puntual al respecto en PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA, “Estrategias político-criminales en la persecución y sanción de la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en ese ámbito”, en A. L. CALLEGARI (ed.) *Crime Organizado*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, págs. 150-151. Nosotros vamos, sin embargo, a sostener, como se verá, que todo agente infiltrado potencialmente provoca delito, por ser su condición.

² En Uruguay, la ley 19.574, prevé la figura del agente encubierto en el artículo inmediatamente siguiente (art. 64) al de la delación premiada (art. 63). En Argentina, el agente encubierto está regulado por la ley 27.319 de 2016, que en su art. 3º lo define como “todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial”.

El concepto de *undercover agent* tiene el mismo enfoque utilitario del *whistleblowing* penal: el Estado, en lugar de aplicar inmediatamente la justicia (§ 11), aguarda el mejor momento para intervenir penalmente, cuando le sea más útil. Técnicamente, lo que permite el agente provocador es un cambio en las legislaciones, introduciendo —de modo expreso o tácito— el principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*⁴), antes reservado al derecho administrativo. Una vez más, lo que parece una alteración meramente procesal es, en realidad, una ruptura principiológica que implica profunda readecuación sistemática.

³ En Colombia, una modificación (2009) en el Código de Procedimiento Penal insertó el Título V del Libro III, para definir el *principio de oportunidad*: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el juez de garantías”. Y establece las *causales taxativas* (aunque muy amplias) para la aplicación del instituto, entre las cuales: “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”, y “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial” (art. 324, num. 4 y 5 de la ley 906 de 2004, con modificaciones posteriores).

⁴ Sobre el principio de oportunidad en el Derecho penal, *vide*, entre otros, MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CANOM, “Consideraciones críticas sobre el principio de oportunidad en la justicia penal del menor: análisis de su incidencia y manifestaciones en la nueva ley de responsabilidad penal de los menores”, en *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, vol. 6, 2000. Allí se insinúa (pág. 39) la diferencia entre comportamiento *espontáneo* y *voluntario*, que es muy importante en nuestro ensayo. También RUBÉN VASCONCELOS MÉNDEZ, “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”, en *Iter Criminis*, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 8, 2009, págs. 55-78; DAMIÁN PABLO BOREAN, “El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿hacia un criterio de oportunidad «informal»?”, en *RBCrim*, vol. 15, núm. 65, 2007, págs. 26-51. También CAROLINA ASPRELLA, “El principio de legalidad y alternativas de oportunidad”, en CARLOS ALBERTO CHIARA DÍAZ, *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, págs. 31-38; LUCAS YANCARELLI, “Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 5, 2013, págs. 954-969; y FABRICIO GUARIGLIA, “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, vol. 13 (49/52), 1990, págs. 181-191.

Para explicarlo, con sus eventuales problemas éticos, debemos echar mano de un ejemplo más circunstancial.

1. EL CASO DEL JOVEN AZUL

Pensemos en el caso de la *Sra. Violeta*, personaje ficticio de una historia nada irreal. Ella nos formulará cuestionamientos muy importantes para delinear los problemas temáticos del agente provocador.

Mujer negra, la *Sra. Violeta*, de cincuenta años de edad, vive en un tugurio y trabaja como empleada doméstica en algún gran apartamento de los barrios ricos de una metrópolis latinoamericana. Es una persona que trabajó toda su vida, y que consiguió criar, de la mejor manera, a sus tres hijos. Los hizo crecer, repetimos, del mejor modo posible a su alcance; ninguno de sus hijos tuvo la posibilidad de ser doctor —evidentemente no por ausencia de capacidad intelectual—; uno de ellos está ligado al narcotráfico.

Se trata de su hijo más joven, el muchacho *Azul*, usuario de *crack*. Azul nunca conoció la guardería infantil, porque hasta los siete años de edad lo cuidaba una vecina, a la que se le pagaba con una fracción del menguado salario de la *Sra. Violeta*; a los siete años, Azul va a escuela, e incluso consigue seguir precarios estudios hasta su edad actual, los catorce años, cuando el vicio que adquirió inducido por traficantes (que, vale decir, frecuentaban la misma escuela pública) pasa su cuenta más alta, y le exige a Azul dedicarse totalmente a la droga⁵. Su tiempo ahora se divide entre consumirla y alcanzar los medios para obtenerla.

Un consumidor de crack

El joven Azul comete entonces algunos delitos, por lo que tal vez haya pasado por reformatorios que no fueron precisamente un lugar para conseguir una sana formación profesional, pero el hecho es que ahora, bastante conocedor del movimiento del punto de venta (de compra, en su perspectiva hasta el momento) de drogas, logra establecer un acuerdo con el traficante local. Un intercambio bastante primario, para comenzar: por cada diez dosis de cocaína que Azul vendiera en la bulliciosa avenida que circunda la favela, gana el derecho a una dosis para sí mismo. Algunas

⁵ Este caso está analizado en un capítulo de un libro nuestro, con más detalle. Véase VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ, "La figura del agente encubierto en la legislación latinoamericana: límites éticos y cambios inevitables", en *Derecho penal en la sociedad del siglo XXI*, Libro-Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Bogotá, Edit. Temis, 2018

reglas relativas a la relación de trabajo se le imponen, como un rudimentario control de horario para no dejar abandonado el punto de venta, y lo principal: rendir cuentas del producto que le ha sido entregado en consignación.

Nuestro joven Azul es, de ahora en adelante, un pequeño *drugdealer* y un potencial usuario.

Mientras tanto, al otro lado de la ciudad, el servicio de inteligencia de la policía resuelve poner en práctica las nuevas normas de persecución al delito: la ley de delación premiada y agente infiltrado. Y designa al detective *Mostaza*, policía con talento y coraje —porque le advierten sobre el constante riesgo de vida que le implicará la nueva misión— como agente infiltrado en el narcotráfico de la metrópolis. Puede ser incluso, en nuestra hipótesis, que la inteligencia policiva tenga una estrategia bastante estructurada, y que existan otros policías en la operación, ocultos en gabinetes de políticos, jueces y demás posibles colaboradores del crimen en escala mayor de poder, pero esa circunstancia no nos interesa en este momento. Por ahora, solo interesa que el agente *Mostaza* se infiltre como soldado del narcotráfico en el tugurio, donde conseguirá informaciones, grabaciones, filmaciones y, quién sabe, algún colaborador premiado. El agente *Mostaza* es muy profesional, y se empeña en conquistar la confianza del jefe del narcotráfico en el tugurio, el señor *Blanco*.

Nuestro agente *Mostaza* tiene bastante claro que ese proceso de ganarse la confianza es gradual y que, para conseguir el resultado que su jefatura le impone (quién sabe, la aprehensión de una enorme carga de cocaína, en un procedimiento lleno de pruebas sobre toda la cadena criminal), debe participar de la cuadrilla en misiones cada vez más arriesgadas. Y la misión del momento, que le fue encomendada por el traficante *Blanco*, es la de reunir tres muchachos que hacen el tráfico de cabotaje por el tugurio, y que consumen más de lo que les está autorizado. La historia de uno de esos viciosos —ya sabemos quién es— es bien curiosa: le había contado al traficante *Blanco* que la policía había pasado durante la noche, cuando el joven *Azul* vendía en la avenida, y, mediante tortura, lo había forzado a decir dónde se escondía parte de la cocaína que usaba para vender. “Y el muchachito miente!”, dice el traficante *Blanco* al *undercover* *Mostaza*, que sabe que el jefe del tráfico tiene razón, porque la policía de allí siempre avisa cuándo hará aprehensiones: “Sabes, ¡para no perjudicar la contabilidad!”. La corrupción policial tampoco es motivo de atención de *Mostaza*, porque tal vez uno de los grandes objetivos de su *task-force* sea

que el otro equipo capture a esos oficiales de policía que ayudan al narcotráfico. Son estas apenas unas circunstancias que adquieren aquí su valor.

El delito y el agente encubierto

El hecho es que el agente Mostaza se ve obligado a participar de la criminal cobranza extrajudicial que aquella noche se hará a los tres adolescentes deudores, y es entonces cuando nuestros personajes se encuentran. Puestos los tres jóvenes en fila en algún callejón de la comunidad, bajo la mira de revólveres o pistolas, el joven Azul confiesa lo que todos ya sabían: inventó la historia de que la droga había sido aprehendida porque en verdad la había consumido toda. Las ventas en la avenida eran escasas, su dependencia química había llegado muy lejos y le había hecho usar más de la cuota reservada a su trabajo comisionado. Como allí la confesión no significa necesariamente una reducción de la pena, continúa el castigo de los jóvenes, en presencia de nuestro agente Mostaza. Para esto, a riesgo de hacer inverosímil la historia, no vamos a considerar las humillaciones a las que los jóvenes pueden haber sido sometidos, muchas de ellas de cuño sexual, que causarían daños psicológicos a cualquiera, y nos centraremos en la agresión física: el joven Azul y sus homólogos son agredidos por sus superiores con patadas, puñetazos y con barras de madera o de hierro. La escena es desagradable a los ojos del *undercover* Mostaza, pero él no interviene, porque vislumbra un fin mayor. Además, piensa si él no estuviese allí, la paliza ocurriría de todas formas, o sea, si no fuera su puño o su zapato el que golpeará a los muchachos, serían los de otros⁶. No le falta razón.

Desde nuestra perspectiva, la historia sale del foco del agente infiltrado y vuelve hacia el joven Azul. Como no era exactamente un ejemplo de buena nutrición deportiva, entonces como resultado de la agresión, su antebrazo derecho resulta fracturado. Atendido en emergencias de un hospital público, al cuidado de su desesperada madre Violeta, Azul no es sometido a la cirugía ortopédica que su caso demandaba. Sus huesos se sueldan mal y ahora tiene el brazo derecho prácticamente inmóvil. Es incapaz de agarrar bien un objeto, con la mano que era más hábil.

⁶ El ejemplo puede inclusive retirar la participación efectiva del oficial en los golpes. De cualquier modo, él observa inerte el ajuste de cuentas. Pero también se puede colocar el ejemplo, más suavizado, de un drogadicto que compre la dosis de droga que lo llevará a la muerte. ¿El oficial que no impidió la venta de droga que resultaría en la sobredosis de un consumidor responde por esa muerte?

Así termina nuestra escena del agente infiltrado, exactamente como un Donnie Brasco de la actualidad.

A) *Cuestionamientos sobre la oportunidad*

Centrémonos en nuestro primer personaje, la Sra. Violeta. Con la venia de la narración, nos adentramos de modo omnisciente en sus pensamientos⁷, en la mente de una mujer justa. Y, superando preconceptos, concedámosle la capacidad de enunciar con suficiente precisión los dilemas a los que se enfrenta ahora como ciudadana. Dilemas que se nos presentan, como estudiosos del derecho. Muy bien, ella está habituada a la ausencia cotidiana del Estado, hecho que no lo excusa de atenderla; muy por el contrario, lo obligaría a acciones afirmativas de protección para ella. Admitamos esa exigencia en nuestro estudio. Volvamos: ella está habituada a la falta de atención del poder público, cuya ausencia incluso agradece, ya que para ella este se materializa en la policía corrupta, en la escuela donde su hijo se tornó adicto o en el hospital que le negó un tratamiento eficaz. Como mera intuición hay una responsabilidad colectiva por el estado del hijo Azul, que aflora un poco más cuando ella se da cuenta de la realidad que le espera al muchacho: analfabeto funcional, si alguna vez quisiera trabajar, a él (también) solamente le tocarían trabajos materiales de fuerza, y ahora ni eso porque su brazo, inclusive habiéndose recuperado de la fractura, se había atrofiado por la falta de ejercicio. El discurso que ella le había repetido tanto al hijo Azul, de que él poseía piernas y brazos para un trabajo honesto, literalmente había perdido fundamento.

El Estado decide

Ahora, para traer su indignación a nuestro campo de reflexión, Violeta descubre la existencia del *undercover agent*: se entera de que alguien, que ostenta la posición de más alta confianza del Estado de derecho (la policía), presencié la agresión de que fue víctima su hijo o inclusive contribuyó a ella. La complejidad del problema, que ahora toma forma, es la de que el poder público *decidió* que podría sacrificar el derecho de aquel joven Azul para alcanzar un fin

⁷ Se quisiéramos poner un personaje todavía más novelesco en nuestro ejemplo, señalaríamos la coincidencia de que Violeta trabaja como doméstica en la casa del delegado que es jefe del agente infiltrado, o que cuida del hijito del agente Mostaza, mientras que él vive lejos de su casa, algo así por el estilo. Eso nos colocaría delante de algunas contradicciones mayores, pero intentaremos evitar las coincidencias: el drama de la madre Violeta ya está suficientemente configurado aun con la ausencia de ellas.

mayor. Y lo decidió *legalmente*, porque en el país se aprobó la ley que autoriza el agente infiltrado.

Ahora asumamos nuestro cometido responsablemente y expliquémosle a la Sra. Violeta cuáles son los motivos que tuvo el Estado para decidir que la integridad física (recuérdese que dejamos de lado la integridad psíquica) de su hijo Azul valía menos que cualquier otro fin que se quisiera alcanzar. Seríamos su abogado, o alguna autoridad pública, que encarnamos para darle continuidad a nuestro juego figurativo.

B) El difícil problema de los criterios

Entonces ella formula la pregunta básica de si el conjunto de la actuación del Estado es *legal* y la respuesta es aparentemente simple: la agresión a la que fue sometido su hijo es antijurídica, pero la inercia del Estado para impedirla no lo es. En el Código Penal, la *lesión corporal* es delito, pero en verdad la ley adjetiva, procesal, por la innovación que nos trajo la delación premiada gracias a los requerimientos de la OCDE, permite que la punición se retarde. La policía apuntaba (o todavía apunta) hacia un fin mayor en esa operación, que es el desmantelamiento de una cuadrilla que ciertamente cometería muchos otros delitos, y entonces Violeta dice: “Disculpe, otros delitos no me interesan, ¿podemos centrarnos en el caso de mi hijo?”, y es en ese momento cuando surge la cuestión, mucho más puntual, de cuáles fueron los criterios para perdonar el crimen contra su hijo, a lo que inmediatamente respondemos: “No, señora, el Estado no perdonó el delito, muy por el contrario, trajo investigaciones que conducen a la autoría del crimen con una eficacia jamás antes vista; apenas se dio un permiso para retardar la investigación, al final los autores de la lesión del muchacho Azul serán punidos”, a lo que ella replica: “¿Inclusive el agente de policía?”. Una gran pregunta, entonces tenemos que volver un poco más atrás, porque no hay respuesta ahora. “Veámoslo de esta manera, señora Violeta: el Estado no perdonó el delito del narcotraficante, y aparentemente ni siquiera el del policía. Si hubiera exageraciones, serán investigadas más adelante”, pero bien sabemos que hemos tergiversado⁸.

¿Simple retraso en la punición?

⁸ La misma ley brasileña, al elevar la exigibilidad de conducta diversa al agente infiltrado a la condición de punibilidad, pareciera dar vía libre a la impunidad. Véase: “Ley 12.850 de 2013, art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente

La Sra. Violeta entonces aclara que la prisión de los responsables no es importante para ella, que solo le importa que el Estado hubiera podido evitar el delito y no lo hizo. Y repite: ¿cuáles son los criterios objetivos que permitieron que el Estado descuidara el (¿menor?) derecho de su hijo en persecución de un fin mayor?, ¿cuál es ese grado de grandeza, que de momento no comprende?

Entonces intentamos explicarle el primer criterio: la policía⁹ procuraba evitar que se cometiera un delito más grave, y la pregunta obvia que surge es: “¿cuál puede ser aquel delito más grave que (dejar) destruir la vida de mi hijo?”, y entonces para el ejemplo debemos plantear diversas cuestiones. La primera, que resulta muy incómoda en relación con la delación premiada, consiste en que es capaz de configurar un *delito de mayor gravedad*. Porque la primera respuesta es apenas aparentemente directa: delito más grave es aquel al que se le ha señalado una pena mayor. Esto no es exactamente cierto porque la *gravedad* del delito puede ser vista apenas como un mero recurso terminológico para restringirse al criterio de necesidad

infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa” (vide, más adelante, 5.3.1). En el mismo sentido, la ley de Uruguay: “El agente encubierto quedará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito” (ley 19.574, art. 61). En Argentina, el art. 9º de la Ley 27.319 dispone: “No será punible el agente encubierto o el agente revelador que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro”. Y en Colombia el Código de Procedimiento Penal es más estricto, limitando al agente a pocas transacciones con narcotráfico (art. 242) y a transacciones de corrupción, con este interesante texto: art. 242-A “Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente”. El art. 706 del actual Código Procesal Penal de Francia también dispone en el mismo sentido.

⁹ COSTA ANDRADE advierte sobre la “policialización de la investigación”, que define como “o alargamento de espaços de actuação da polícia criminal —nacional ou supranacional— fora de um controlo efectivo da autoridade judiciária e, particularmente, do Juiz de instrução”. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação penal?”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. pág. 529.

de reacción por la pena en abstracto en el Código, la llamada pena conminada. Pero esa pena vista en abstracto puede no significar, por sí misma, la gravedad del delito globalmente, porque en esta confluyen una pluralidad de circunstancias, más allá de aquellas descritas en el modelo prohibitivo. La gravedad solamente se puede evaluar *in concreto*, y aun así el *quantum* de la condena no la indicaría precisamente, ya que la pena individualizada trae una serie de otras variables, entre las cuales destaco su carácter preventivo especial —prevención para el individuo— el cual no tiene por qué relativizarse ante de gravedad del delito en sí misma. En otras palabras, la ley no podría hacer diferencia entre lo que es un delito menos o más grave, antes de una sentencia final.

Pero dejaremos de lado esas variables y asumiremos que el delito de mayor gravedad es aquel que tiene mayor pena conminada o sea, pena prevista en el Código.

Respuesta bien arriesgada, porque apenas funciona así en el caso concreto.

La Sra. Violeta se incorpora y nos pide que en el Código Penal le mostremos cuál es la comparación que se hace, en términos de pena conminada, para afirmar que tiene menor importancia el delito de que fuera víctima su hijo Azul respecto de aquel que la policía pretende perseguir. Cuando intentamos responder, sentimos la fuerza centrípeta que una vez más empuja hacia la realidad de que solo una sentencia muy bien argumentada podría decir cuál era el hecho criminoso *preterido*, lo cual, en nuestro ejemplo, equivale a responder cuál era el crimen por el que serían o serán condenados aquellos que agredieron al joven Azul. La contradicción temporal es evidente porque el crimen solo será definido cuando el juez lo juzgue, pero la autoridad investigadora tuvo que hacer un juicio *a* previo de él, autorizado por la ley¹⁰. Entonces nuestra voz se quebraría porque cualquier jurista está acostumbrado a responder a la pregunta: “¿cuál crimen se cometió?” con una evasiva de este estilo: “Mi señora, ¡eso solo el juez lo podrá decir!”. Pero no hay forma de contestarle así porque inespera-

Juicio relámpago legalmente admitido

¹⁰ En la ley brasileña, el artículo que autoriza la acción controlada es el 8º de la Ley 12.850 de 2013: “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”. Nótese que hay legislaciones, como la de Uruguay, que prevén el agente encubierto sin establecer directamente el retraso del flagrante. Eso puede hacer inoperativa toda la norma.

damente nos enfrentamos a la realidad obvia de que la ley le concedió al agente el poder de hacer un juzgamiento relámpago sobre la tipicidad penal, seguido de un juicio de proporcionalidad (reducción del derecho a la integridad física de su hijo) digno de una decisión de la Corte Suprema en pleno. Por tanto, nosotros también, como juristas, tenemos que conseguir construir la adecuación penal que satisfará la justa curiosidad de esa señora (§ 12).

Pues bien, entonces si el delito más leve fue preterido con el fin de perseguir el más grave, y si aquel es el que tiene la pena más reducida, el crimen (el hecho típico) del cual el joven Azul había sido víctima debería tener menor potencial ofensivo. Solamente eso autorizaría la opción inmediata de la autoridad (en el caso, el agente Mostaza) de no perseguirlo, esto es, no reaccionar para evitar la lesión. Si se consulta cualquier Código Penal latinoamericano¹¹, una lesión corporal gravísima que cause la incapacidad de un miembro, se castiga con una pena más grave que el narcotráfico.

Siendo así, nuestra respuesta sobre la proporcionalidad a partir de la gravedad en abstracto del delito no funciona, esto es, ella no legitima el sacrificio del derecho del adolescente Azul. Pero, como la Sra. Violeta todavía nos reclama una respuesta, entonces tenemos que apelar a la última salida: "Señora mía, vea: el delito cometido contra su hijo, que todavía puede ser punido, fue preterido por una razón teleológica, o sea, la persecución de un fin que debe ser ampliado: si individualmente el delito cometido contra su hijo es tan grave como el narcotráfico en sí, la operación policial pretende dismantelar una cuadrilla compuesta por muchos individuos, entre ellos autoridades públicas, que dirigen el comercio de drogas. Al final, serán centenares de condenas, inclusive la relativa a la agresión de su hijo Azul. La suma de la pena futura de esos delitos, ahora sí, es mucho mayor que la aplicable al hecho en el que su hijo se vio envuelto, infortunadamente como víctima. Es esa cuenta la que se debe hacer: la de la sumatoria final. Claro, eso implica ver el mundo con una perspectiva muy obtusa, pero el pensamiento de Estado es así, la de todos los ciudadanos en su conjunto. Espero que Usted comprenda

¹¹ Véase, por ejemplo, el art. 116 del Código Penal colombiano: "Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión y multa de veinticinco (25) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro".

aunque sepamos que subjetivamente [quiero decir, sabemos de la estrechez de su visión personal, pero eso es mejor no decirlo] es muy difícil de aceptar". Los dolores individuales son insustituibles y el punto de vista personal influye sobre la visión de conjunto.

Aunque no estemos convencidos de esa respuesta, porque sabemos que, en un análisis más profundo, el criterio cuantitativo, en términos penales, tradicionalmente poco sirve al Estado¹², es la mejor que se nos ocurre. Como en un renacimiento del clásico dilema del tranvía (*Trolley problem*¹³), tantas veces reiterado en la filosofía y en el propio derecho penal, o en la ley brasileña, que vetó el "espíritu emulador".

Ella comprende nuestro discurso, pero no lo acepta, y ve que el diálogo comienza a ser muy poco fructífero. "¡Una última pregunta!", dice ella levantándose:

¹² Es la hipótesis de la conocida sentencia del BVerG alemán, que declaró la inconstitucionalidad de la ley que permitía el abatimiento de aviones por las fuerzas armadas, en casos de hipótesis de terrorismo (BVerG 115, 118 1 BVR 357/05, de 15 de febrero de 2016, que declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Aviación Civil). En Brasil, la ley 9.614 de 1998 entró en vigor para reformar una ley anterior (7.565 de 1986) y, así, prohibir el "espíritu emulador". Ahora tiene esta redacción: "Art. 303. (...) § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório". Lo que significa que no puede haber sacrificio de rehenes en aviones, abatiendo una aeronave, cuando existe la hipótesis de que esta sería conducida contra un lugar repleto de individuos, causando muchas más muertes que las que ocurrirían si la aeronave fuera derribada. Sobre el tema, discurremos en nuestro *Fundamentos do Direito Penal*, al tratar sobre la ponderación de bienes en el estado de necesidad (págs. 236 y ss.). Por vía de ejemplo, nada más, STRATENWERTH comenta, sobre el tema, que los derechos personalísimos no se incrementan por multiplicación numérica. Por eso, no configura estado de necesidad el acto del funcionario de la ferrovía que, viendo que un vagón con mercancías se precipita montaña abajo, pudiendo chocar contra un tren de pasajeros y causar muchas muertes, lo desvía hacia un camino en el que matará apenas a tres operarios que arreglan rieles. Es otra versión del *Trolley Problem*, comentado en el cuerpo del texto. Cfr. GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I: El hecho punible*, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 211. También ROXIN, pág. 686.

¹³ Cf. JUDITH JARVIS THOMSON, "The Trolley Problem", en *Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 6, 1985, págs. 1395-1415. Disponible en la internet.

“¿Cree Usted que, si en lugar de mi hijo, hubiera estado el hijo del gobernador, o el de un diputado, o inclusive el hijo de uno de los oficiales de policía, la agresión habría ocurrido? ¿Nadie la habría impedido?”

¿Y si se tratara del hijo de un diputado?

“¡Mi señora!”, la interrumpimos, “Usted hace preguntas con hipótesis imaginarias que no tienen respuesta. La idea del *Andershandelnkönnen*, de quien podría haber actuado de otra forma, ha sido superada en términos filosófico-penales. En la realidad no era el hijo del diputado, sino su hijo, porque era su hijo quien estaba involucrado en el narcotráfico, y no otro. Discúlpeme por hablarle así, pero Usted no me deja alternativa. Su hijo se unió al narcotráfico, inclusive como dependiente, o aún como pequeño traficante, y eso lo llevó a ponerse en peligro de sufrir represalias. ¿Comprende? Ahora, debe irse, porque el tiempo de su consulta se agotó, y usted tendrá otros asuntos que atender”.

Sí, una de las varias cosas que tendrá que hacer es cuidar a su hijo, inválido por culpa de la inercia deliberada del Estado. No importa, porque hay preguntas que escapan a la capacidad de respuesta incluso en un ensayo como este. Por lo tanto, nuestro juego ético acaba aquí. Al final, tenemos que responder ya no a la madre (justamente) indignada, sino a nosotros mismos: ¿cómo solucionar el dilema?

Instrumentalización oficial

La respuesta no es compleja, pero sí terriblemente cruel: la verdad es que el joven Azul fue *instrumentalizado*, y lo que la madre nos cuestiona son *los límites y los criterios de esa instrumentalización*. Su pregunta final lleva al punto débil de toda esa realidad, que son los ocultos presupuestos de elección de los sacrificados, de quienes son instrumentalizados.

Si en el ejemplo hipotético del que intentamos huir, asumimos que todos saben que, al menos en términos latinoamericanos, si el joven Azul no fuese un muchacho vulnerable, de clase baja, la acción criminosa sería interrumpida por la autoridad. El Estado, en ese caso, no aceptaría tan automáticamente que alguien de clase privilegiada fuese su instrumento de pacificación, y entonces rápidamente se diría que el fin del derecho es la protección del individuo, sin posibilidad de discutir. “La ley del crimen organizado jamás podría alejar la tutela del derecho individual”, diría algún juez, “a causa del principio constitucional de protección a la vida”.

La instrumentalización es oficializada (§ 13), y como instrumento se utiliza —eso ya no es oficial— siempre aquel que es más vulnerable.

2. CUATRO CUESTIONES DEL AGENTE INFILTRADO

En contraposición con el sistema al que estamos acostumbrados, el agente infiltrado sigue la misma lógica del *whistleblower* y tiene algunas novedades que pretendemos reflejar. Vamos a referirnos a cuatro de ellas.

A) *Si el Estado puede mentir*

(I) La primera de ellas merece que se advierta que, aunque parezca insignificante en los hechos, principio-lógicamente tiene su gravedad. Al infiltrarse, el agente se disfraza, se transforma y toma una nueva identidad. Por tanto, el Estado le *miente* a su súbdito, aun cuando este sea el criminal que resulte traicionado. Sigue la lógica de nuestra ya conocida delación premiada, trocando una acción moralmente desvalorizada por otra. Si no *traiciona* al grupo porque desde el inicio se autoproclamaba subjetivamente como alguien que representa el Estado —por tanto jamás se puso como partícipe— el agente infiltrado debe decir mentiras, y esa no parece ser una acción lícita del Estado, al menos en tiempos de paz. Por el contrario, algo se puede decir acerca del respeto mutuo que supone la relación entre investigadores e investigados: muchos se relacionan diciendo la verdad, objetivamente, y aceptan los límites de la investigación y de la pena, como un juego entre adversarios feroces, pero con reglas que deben ser observadas. La realidad está repleta de eso, y tal parece ser el futuro del Estado de Derecho: la lealtad en el tratamiento de autoridades y transgresores¹⁴, sin odios o preconcepciones mayores. Para no mencionar aquí el tercio de la moralidad kantiana, digamos que el *fair play* del trato penal, del juego sin engaños, es el camino de la sociedad civilizada.

¿El agente del Estado puede mentir?

Ponerse en la situación de alguien que miente desde el inicio, que se transforma, que se disfraza, es una situación innovadora de la ley, que hay que interpretar moralmente. No es lo mismo guardar silencio y un secreto, esencial en cualquier actividad de investigación. Aquí surge, al contrario del mero sigilo investigativo, la mentira activa (§ 14), la necesidad de prometer confianza.

¹⁴ En clase, utilizo el relato de HIROITO JOANIDES, que, en uno de los libros más interesantes acerca de la criminalidad de los años setenta en Brasil, describe el trato que había hecho con el oficial de policía que más lo había perseguido. Dice así: “foi assim, muito amigavelmente, que o Dr. Minervino indiciou-me na bagatela de vinte e dois inquéritos policiais sem nunca prender-me”. HIROITO DE MORAIS JOANIDES, *Boca do Lixo*, São Paulo, Edições Populares, 1978, pág. 130.

Habr  pocas dudas de que, aunque el infiltrado justifique su acto por el cumplimiento del deber con el Estado, su consciencia lo acusará de traición. Al menos es esa la experiencia de casi todos los infiltrados: tal vez *un poco* porque concientizarse de la condición humana del pretendido criminal siempre significa una quiebra de prejuicios¹⁵. Tenemos que concordar con STEINBECK: conocer a fondo un criminal casi siempre disminuir  el odio y hará que aumente la empatía con él.

Y, con empatía o sin ella, mentir siempre le parecer  desleal al agente honesto, incluso en los casos más comunes de espionaje de guerra (§ 15).

Claro que esa mera acusación de consciencia sería una razón demasiado moralista para únicamente con fundamento en ella condenar la infiltración del agente; se trata simplemente de un punto que debemos sumar a nuestro baúl de novedades, que sugiere contradicciones sistémicas.

B) *El infiltrado fomenta el delito*

(II) La segunda diferencia consiste en que el agente incentiva el delito. Esa situación es fácticamente más delicada, porque debe pensarse no en un incentivo personal del agente, sino en su imprescindibilidad *real* para que el hecho ocurra. Volvamos al triste ejemplo de la Sra. Violeta: cuando se acuerda agredir a los tres jóvenes, nuestro agente Mostaza ciertamente no *incentivó* la violencia, al menos se espera que no. Pero, el hecho de estar all , de disponerse a acompañar a los demás, incluso como mero actor secundario —aun sin tener en cuenta el hecho de no haber desmotivado *eficazmente* la acción criminosa—, lo convierte lógicamente en alguien que *había fomentado* el acto criminal. En un análisis *ex post*, el agente infiltrado era una persona cuya presencia había dado seguridad a los demás para planear y ejecutar la acción, pues su no oposición fatal-

¹⁵ Así narra SALAS, pseudónimo de periodista investigativo, el tiempo que estuvo infiltrado en grupo neonazi español: “Solo una cosa me presionaba más, psicológicamente, que el miedo, las pesadillas y la diluida frontera entre el nazi que debía aparentar ser y el periodista infiltrado que en realidad era: el sentimiento de culpa”, y describe otras consideraciones al respecto. Cfr. ANTONIO SALAS, *Diario de un Skin: un topo en el movimiento neonazi español*, Madrid, Planeta, 2014, pág. 152.

¹⁶ El premio Nobel (1962) JOHN STEINBECK afirmó que conocer a un individuo casi siempre llevará a amarlo. “Try to understand men, if you understand each other you will be kind to each other. Knowing men well never leads to hate and nearly always leads to love”. Cfr. JOHN STEINBECK, *Of Mice and Men*, New York, Penguin, 1994, pág. VII (Introduction).

mente se interpreta como apoyo. El papel del espectador es relevante, y su presencia, en términos luhmannianos¹⁷, comunica incluso cuando el agente no desea¹⁸ hacerlo. Por esa razón, cuanto más eficaz es la infiltración del agente, mayor influencia tiene como incentivador del delito¹⁹.

La cuestión presenta aquí puntos más prácticos, para marcar la diferencia con el sistema tradicional. Es que, clásicamente —así lo aprendimos en la tradición latina— la presencia de un incentivo del Estado para que el delito ocurra, transforma la situación en tentativa inidónea (crimen imposible)²⁰. Es el caso del delincuente flagrante preparado, que es tratado de forma diversa en el *common law*: si un oficial de policía le pide vehementemente droga al traficante y este va en busca de ella para entregársela, estamos en el sistema latino, ante el delito imposible. Aun cuando el sistema del narcotráfico preexista, aun cuando subsistan indicios de que el sujeto maneja un esquema de drogas, en cuanto el delito se consuma por la mera

Agente encubierto,
provocador y delito
posible

¹⁷ Sobre el análisis de la visión luhmanniana de la sociedad, según la cual esta no está integrada por individuos, sino de comunicación, y acerca de la interpretación de que el individuo está en comunicación primordialmente, incluso cuando no desea hacerlo, disertamos en nuestra tesis de *livre-docência*, a la que remitimos. Allí se comentan, en ese contexto, las siguientes obras del autor: NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995; NIKLAS LUHMANN, “El derecho como sistema social”, en CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Comares, 2005; NIKLAS LUHMANN “Introducción a la teoría de sistemas”, en JAVIER TORRES NAFARRATE (ed.), *Comunicación*, Barcelona, Anthropos, 2006. [Texto 12]; NIKLAS LUHMANN *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, Anthropos, 1997.

¹⁸ En la teoría de los juegos, RAPOPORT presenta un interesante ejemplo de un oficial de policía que fomenta el delito para sumar capturas a su currículum (“a police agent instigates a felony in order to add an arrest to his credit”). Infortunadamente, el autor, no obstante que califica la situación como éticamente reprochable, no profundiza en el ejemplo. Cfr. ANATOL RAPOPORT, *Two person game theory*, New York, Dover Publications, 1999, pág. 167.

¹⁹ Clásicamente, para el derecho, si el Estado fomenta el delito este no existe, tiene la forma de crimen imposible, o sea, el crimen no ocurriría si el Estado no lo indujera.

²⁰ Así, por ejemplo, la exigencia del Código Penal (Art. 27) de Colombia: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación [...]”. La conducta debe ser iniciada por acto idóneo. En Argentina, el delito imposible puede ser penado, según el art. 44 del Código Penal: “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

exposición a la venta, se trata de un delito falso, porque no ocurrió. El delito no ocurrió, para utilizar el lenguaje de LEIBNIZ²¹, porque los hechos necesitan de un mundo, y la decisión de fomentar aquel acto transformó el mundo en algo diferente (§ 16). El mundo en el que se dio el delito es un mundo imposible. Pensar así es apartarse del sentido práctico, pero tal era la tradición del sistema antiguo: el agente provocador²² desnaturalizaba el crimen.

Si se considera que esos principios están alterados por la norma que autoriza al agente provocador, al menos todas las razones que llevaban a considerar que el delito sería imposible en las hipótesis de preparación de la flagrancia pueden ser reinvocadas. Por ejemplo, sin ir más lejos, del incentivo negativo que se debe dar al Estado para que no busque pruebas de modo inmoral como en la provocación al delito. En otras palabras, que la prohibición del delito flagrante preparado, que defienden los tribunales,

²¹ La idea de los mundos posibles fue objeto de análisis en nuestra tesis, cuando investigamos las teorías filosóficas que intentaron compatibilizar el libre albedrío y la presencia de Dios. Destacamos con el solo propósito de documentar, de la obra original del filósofo: *Teodicea*, § 52. "Todo es, por lo mismo, cierto, y está determinado de antemano en el hombre, como en todas las demás cosas, y el alma humana es una especie de autómatas espiritual, aunque las acciones contingentes en general y las acciones libres en particular no sean por esto necesarias por virtud de una necesidad absoluta, que sería verdaderamente incompatible con la contingencia. Y así, ni la futurición en sí misma, por cierta que ella sea, ni la previsión infalible de Dios, ni la predeterminación de las causas, ni la de los decretos de Dios, destruyen esta contingencia ni esta libertad. Se está de acuerdo en esto con respecto a la futurición y a la previsión, según hemos explicado ya; y puesto que el decreto de Dios consiste únicamente en la resolución que ha tomado, después de haber comparado todos los mundos posibles, de escoger el mejor y de darle la existencia por la omnipotente palabra del *Fiat* (hágase), junto con todo lo que este mundo contiene, es claro que este decreto no muda nada en la constitución de las cosas, y que las deja tales como eran en el estado de pura posibilidad, es decir, que no muda nada, ni en su esencia o naturaleza, ni siquiera en sus accidentes, representados ya perfectamente en la idea de este mundo posible. Y así, lo que es contingente y libre, libre y contingente queda, lo mismo bajo los decretos de Dios, que bajo la previsión". G. W. LEIBNIZ, *Ensayos de Teodicea*, Granada, Comares, 2012. De modo similar, en la quinta carta a CLARKE: "God can produce everything that is possible, or whatever does not imply a contradiction; but he wills only to produce what is the best among things possible". G. W. LEIBNIZ, "Mr. Leibniz's fifth paper being an answer to Dr. Clarke's fourth reply (1716)", en H. G. ALEXANDER (ed.). *The Leibniz-Clarke Correspondence*. Manchester, Manchester University Press, 1965, pág. 80.

²² Súmula 145 del STF, Brasil: "No hay crimen, cuando la preparación del delincuente en flagrancia por la policía hace imposible su consumación".

sea un modo de no acostumbrar al Estado a buscar pruebas simplemente catalizando el delito en sus tubos de ensayo.

C) El "undercover" como partícipe del crimen

(III) El tercer punto es que, desde cualquier prisma que se le observe, el agente infiltrado es partícipe del delito. Este elemento resalta, una vez más, y de modo evidente, la diferencia que existe entre la relación procesal y la cuestión material de ese tipo de instituto (Conclusiones, § 1), que se ha importado del *soft law* transnacional. Es claro que, aunque se sepa que hay una naturaleza jurídica diferente para la acción del policía, en la ley y en la doctrina latino-germánicas existe consenso respecto de que la omisión de quien debería evitar el resultado equivale a la acción, como relación normativa y no naturalista. O sea, la falta de reacción de un policía que puede evitar el delito se equipara al acto de cometerlo. La mera justificación, para no intervenir en el delito-permitido, de que se busca una finalidad mayor no lo debe eximir, en la relación de causalidad, de haber causado el delito. Y ese es un elemento de la relación lógica de causación jurídica del resultado (elemento material)²³, que una ley procedimental no logra alterar. En otras palabras, el agente de policía omisivo normativamente *causó* el resultado, y eso es indiscutible; otra cosa es que la ley considere ese resultado como menor ante el fin que se persigue.

Para intentar solucionar ese problema de causación del crimen habría dos interpretaciones jurídicas posibles. La primera, (a) considerar no *punible* el hecho, lo que es opción política, pero eso debería aparecer claramente en una ley material²⁴; la segunda, (b) entender que el agente que se abstiene de actuar ante el delito, al darle cumplimiento al *principio de oportunidad*, está cubierto por la figura del estricto cumplimiento del

²³ Vide, entre tantas otras citadas en nuestro *Fundamentos de direito penal*, la obra de ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 37, fasc. III, set./dez. 1984; También: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos improprios de omisión*, Bogotá, Temis, 1983; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)", en *RBCCrim*, núm. 44, jun.-set./2003.

²⁴ Ya vimos, con todo, que en la ley brasileña, como en la uruguaya aparentemente, existe esa determinación de no punición, al reforzarse la ausencia de condición de punibilidad cuando no hay exigibilidad de otra conducta. La ley colombiana trae la interesante expresión de "verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta", en el artículo 242-A del C. de P. P.

deber legal. Esa es parcialmente²⁵ la salida de la ley, pero, por ser una justificante, merecería una profunda —y por lo tanto nada automática— evaluación de su acto de ponderación de bienes para explicar su omisión, con sacrificio del derecho de la víctima. Cualquier error de análisis resultaría en el riesgo de una comisión del delito, al menos culposo.

D) *El agente fungible*

(IV) Otro punto interesante es el de la fungibilidad del agente provocador. Esto es, la aseveración de que, si ese agente-personaje no hubiere estado allí, un criminal peor habría actuado en su lugar. Se diferencian, con todos los matices que el derecho penal pueda agregar, dos elementos distintos: el de ser el *autor* del delito, y el de que el delito sea personalmente reprochable al agente (culpabilidad). La cuestión de la autoría, es decir, si el acto puede ser imputable (no necesariamente reprochable) al agente, está más que discutida, y superada²⁶ en el Derecho penal. Entre otras razones, porque esa alegación eximiría la culpa de cualquier organización criminal que siempre puede sustituir rápidamente a sus miembros. En la hipótesis que se sugiere, además, cuanto más eficaz sea la organización criminal²⁷, menor sería la responsabilidad de cada uno de los ejecutores, porque son más fungibles, rápidamente reemplazables. En relación con la reprochabilidad de la acción, el problema tiene varias vertientes de análisis, pero se puede decir que mientras no se asuma la primacía del ordenamiento jurídico, potencialmente tendremos que responsabilizar a

²⁵ En la ley brasileña, el sistema indica el cumplimiento del deber legal, pero la ley específica encuentra la salida, como se ha señalado en la nota anterior, de una no punición en la no exigibilidad de otra conducta, que pertenece a la figura de la culpabilidad. Una fragmentación teórica difícil de aceptar.

²⁶ Véase FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Sobre la punibilidad de los delitos por encargo del Estado”, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, núm. 2, 2010, págs. 653-662. También, del mismo autor, “O salto do autor detrás do autor ao outro lado do Atlântico”, en *Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal*, Eduardo Saad-Diniz et al. (ed.), São Paulo, LiberArs, 2013.

²⁷ Por eso ROXIN define el dominio de la voluntad con tres características: “Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada”. CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 337. (Trad. de la novena ed. alemana 2015), 2016.

quien lo vulnere. Si el agente provocador fuera sustituible, digo yo, será sustituible por alguien que también quiere infringir la ley. Y ahí nos acercamos al segundo punto, la reprochabilidad de aquel que cumple el mandato ilegal. En ese caso, se sabe que hay diferentes concepciones —de autoría y participación del derecho penal— que considerarán más o menos alguna motivación psíquica, pero de cualquier modo será reprobable. Que eso ocurra, como intentara demostrar ARENDT²⁸, hasta el punto de que no pueda existir un sentimiento personal de responsabilidad en aquel que obedece la orden es incluso otro problema en el que no podemos adentrarnos ahora, pero sí cabe sugerir una pista: si tuviéramos que disculpar a todos aquellos que ejecutan órdenes de exterminio por simple obediencia a una jerarquía mayor, las puniciones por genocidios no existirían. Como tampoco existiría razón de punir cualquiera de las lealtades de sangre, de las que ya hablamos. Será una cuestión distinta, siempre, la del delito que se comete dentro de la empresa de fines lícitos, en la que se diluyen responsabilidades²⁹.

Para nuestra lógica arcaica, el agente infiltrado formó parte del delito, en calidad de autor, porque tendría la obligación de evitarlo. La inexistencia de esa obligación debe ser justificada, mucho más allá de la mera vigencia de una ley (procedimental) que retarde³⁰ el proceso criminal. Como bien sintió nuestra interlocutora, el castigo del autor-particular no basta para recomponer su sentimiento de ciudadano, cuando el delito podría haber sido evitado por el Estado. La posibilidad de la reparación, con todo el respeto, es en algunos casos risible.

Claro que se sabe que el principio de oportunidad, en que se apoya esa elección de delitos por perseguir, se explica por la búsqueda de la eficacia administrativa. En qué medida esa eficacia puede suplantar otros valores es la cuestión que en este ensayo siempre vuelve a la discusión.

²⁸ Me refiero, claro está al trabajo *Eichmann en Jerusalén*. Entre los tantos pasajes en que la autora demuestra la “banalidad del mal”, con segunda intención, aquí, recordamos el fragmento en que explica el eufemismo con el que la muerte a los judíos era designada en los informes de los nazis. Se trataba de rígidas “language rules”, en las cuales “it is rare to find documents in which such bald words as ‘extermination’, ‘liquidation’ or ‘killing’ occur. The prescribed code names for killing were ‘final solution’, ‘evacuation’ (Aussiedlung) and ‘special treatment’ (Sonderbehandlung)”. HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil*, New York, Penguin Group, 2006, pág. 85.

²⁹ Vide Cap. XII, 3, C, b).

³⁰ Eso nos lleva a sostener que el lenguaje de la ley es (otra vez) cruelmente eufemístico, porque bien sabe el legislador que la acción del agente infiltrado no es ni mucho menos la de atrasar la integración de crímenes menores, sino propiamente la de ignorarlos.

3. CONTRAPUNTO: LA LEALTAD DE LA LEY

Si nuestro objetivo es analizar la cuestión en toda su complejidad, es necesario observar los contrapuntos, que no son frágiles. Un fuerte argumento, que nosotros mismos planteamos, afirma que el Estado *siempre seleccionó* a quien punir. Esto es, *siempre hizo* uso del principio de oportunidad, independientemente de cuál fuera la norma que lo autorizaba (§ 18). En este sentido, si la realidad muestra que esa elección ocurre frecuentemente, entonces queda clara la disyuntiva que enunciamos así: ¿qué es mejor, un arbitrio controlado por el Estado, o un arbitrio que va contra la corriente del ordenamiento?

Mencionemos dos ejemplos, el del prostíbulo y el del expendio de drogas.

A) *La casa de prostitución y el expendio de drogas*

La muerte en el
prostíbulo

(I) El juez de una ciudad cualquiera sabe que en ella funciona un gigantesco lupanar. Y, tal vez en contra de quienes lo antecedieron, quisiera perseguir la casa de prostitución, simplemente porque el fin principal del establecimiento es la práctica de un delito. De ideas legalistas, poco o nada le interesa la percepción de que el prostíbulo sea necesario, como quisieron probar JORGE AMADO³¹ o VARGAS LLOSA³² en sus obras, o, al contrario, que es el lugar donde los peores criminales y las autoridades más venales acuerdan reunirse. Las prostitutas representan el menor riesgo criminológico, pero para el juez lo más relevante es que hay un edificio-empresa cuya finalidad principal es la criminalizada explotación sexual. Una noche cualquiera, una prostituta aparece muerta en un cuarto que ocupaba uno de los clientes.

³¹ En clase, utilizo el ejemplo literario de JORGE AMADO, en *Tereza Batista*. El genial pasaje en que la protagonista, al luchar contra la prohibición de una casa de prostitución (en verdad, la mudanza del local del prostíbulo), promueve la "Huelga del burdel cerrado" (Greve do balaio fechado), la huelga de las prostitutas. Rápidamente, las mismas autoridades promueven la "Operación retorno alegre al trabajo" (Operação retorno alegre ao trabalho), una "ação destinada a obrigar a abertura dos bordéis e a volta das meretrizes ao trabalho". JORGE AMADO, *Tereza Batista cansada de guerra*, São Paulo: Martins, 1972, pág. 423.

³² Me refiero a *Pantaleón y las visitadoras*, Barcelona, Seix Barral, 1973.

Hay señales de violencia en el lugar, pero el cliente alega que se trató de un accidente³³: la violencia era parte del acto sexual que ocurría, y un tropezón en la bañera o en el lavabo ocasionó el trauma que llevó al fallecimiento. Algo así. Importa solamente que ese hecho se transforma en un proceso penal, para determinar la responsabilidad penal del cliente, o tal vez la del propietario de la casa de prostitución, o la de los guardias de seguridad del lugar, etc.

El juez sabe que el proceso-crimen que debe instruir es el de homicidio, porque es el que consta en el auto inicial —la imputación redactada por la Fiscalía—, pero también sabe que allí habrá varias referencias a la actividad que se ejerce en la casa, el lucro con la prostitución, que también es crimen. También percibe que los testigos del hecho se muestran reticentes a declarar sobre el caso, cuando ante el juez, los testigos esperan, cual músico al director de la orquesta, la conducción para dar el tono de las informaciones que soltarán. El dilema del magistrado, en resumen, parte de dos opciones: o (a) constriñe a cada testigo a no mencionar las actividades de la casa, simplemente diciendo que serán investigados todos los delitos que vienesen a declarar; o (b) facilita que aparezcan los hechos relativos al homicidio. Para eso, basta decir que conoce de la notoria condición de prostituta de la víctima, la naturaleza de su lugar de trabajo, pero, al mismo tiempo, garantizar que aquel no es el foco del proceso. Por tanto, promete tácitamente que *no investigará*, a partir de allí, la explotación de la prostitución. Aunque no tenga poderes para ofrecer esa garantía, por tratarse de un delito investigable de oficio y distante de la oportunidad, debe hacerlo informalmente.

El juez legalista percibe rápidamente que solo adoptando esta segunda opción (b), conseguirá información relevante para establecer la autoría del crimen contra la vida. De lo contrario, todos los testigos callarán, intimidados. Su promesa, absolutamente extraoficial, de no perseguir el delito de prostitución prevalecerá, y por tanto, hará uso de su informal principio de oportunidad.

(II) Un segundo ejemplo, un poco más ambientado en nuestra realidad, pero más complejo. La policía de São Paulo patrulla constantemente la metrópolis, en donde existen varios expendios reconocidos de droga. Tal vez, el expendio de droga *drive-thru*

El expendio de
narcotráfico

³³ Este episodio se encuentra narrado con más detalles en nuestro *Laboratório de direito penal*. Caso 02: O Caribbean Dreams. Cfr. VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ, *Laboratório de direito penal*, São Paulo, Almedina, 2014.

donde trabajaba nuestro joven Azul, por solo retomar el ejemplo. Sabemos que, so pena de prevaricación, el oficial de policía que ve un acto de narcotráfico —que comprende el mero almacenamiento de marihuana en gran cantidad o simplemente la posesión ilegal de armas— está obligado a intentar interrumpirlo.

Entonces imaginamos una orden de la policía. Un comandante experimentado se entera de que dos patrulleros, subordinados suyos, adelantaron una operación en uno de esos expendios tradicionales de venta de drogas, y allí incautaron muchos estupefacientes y armas. Pero el comandante advierte que esos agentes no se habían comunicado con él (con la jefatura, en fin) para avisar que harían la intervención.

Un lector poco habituado a la seguridad pública pensaría que nuestro comandante felicitará a sus agentes por la intrépida actuación, pero aquel, experimentado, hace justamente lo contrario: llama a sus subordinados y les amenaza con castigarlos administrativamente, en caso de que no expliquen detalladamente los motivos del procedimiento, en aquella noche concreta y en aquella forma específica.

Para un lego, la aparente contradicción de la censura administrativa es elemental: si los policías tienen la obligación legal de intervenir en el delito de narcotráfico, no pueden ser castigados (exactamente) por haber realizado la intervención.

¿A quién interesa la obligatoriedad? La hipótesis sería plausible en una ciudad de ángeles, pero no ante el cuadro real del sistema policía-narcotráfico. En el Valle de Lágrimas del mundo concreto, a la situación ideal se suma un factor importante: el riesgo de corrupción (soborno) de la autoridad y su consecuente alianza con el delito organizado. Cuando el policía entra a la fuerza en un expendio de tráfico tradicional, es bastante posible que, al contrario de lo que parece, esté al servicio de la criminalidad, en uno de sus distintos papeles. Apenas para referir simples posibilidades, este puede (a) actuar en favor de una cuadrilla rival, porque, al aprehender drogas y armas, empobrece a los que están allí, o los desarma al punto de lograr que los rivales ganen territorio; (b) puede servir al traficante de la competencia, porque el tumulto de la policía aleja a los consumidores, que, adictos, van a comprar a otro lugar; o puede ser solo (c) un acto de legitimación de corrupción, pues el ingreso repentino en un punto de venta es *enforcement* que confirma la necesidad de mantener el soborno a la policía. Para el comandante experimentado, todas esas hipótesis son mucho más creíbles que imaginar un (d) acto heroico de sus subordinados. Infortunadamente.

Por eso, en la práctica, la represión real a grandes traficantes ocurre en operaciones planeadas: la información y el apoyo de varias jefaturas, si no eliminan, disminuyen mucho el riesgo de esa corrupción al por menor. Pero aquí lo que más interesa es la lectura *a contrario sensu* de la realidad: en el día a día, la policía de una gran ciudad es obligada a aplicar informalmente el principio de oportunidad. Incapaz de reprimir el delito integralmente, debe escoger intervenciones estratégicas e ignorar tantas otras.

El derecho del Estado a equivocarse

Con esos ejemplos, nuestro dilema ya está más que revelado: la situación ideal sería que el Estado jamás tuviera que elegir cuáles delitos reprimir, porque la ley determina que todos sean perseguidos; como la situación utópica no existe, el dilema se transforma. ¿Qué sería menos grave: que la ley autorizara ese principio de oportunidad, o que fuera aplicado sin registro³⁴, al margen de la ley? ¿La ley debe ignorar la realidad, enfrentando el hecho de que el mundo del ser tiene sus peculiaridades?

B) Resolver el dilema: mantener la excepcionalidad

Medir las ventajas y desventajas de un ordenamiento realista no es una cuestión tan nueva, pero la delación premiada hace necesario que sea sometido a revisión.

Un buen intérprete —y en ello hemos insistido bastante— comprende la ley como un gran texto completo, a partir de su gramática y de su semántica. Gramática porque, para darle al texto normativo *condición mínima de lectura* (estructura anterior a la formación de sentido), es preciso entender una serie de normas que no aparecen en el texto mismo. Reglas que pueden incluso ser discutidas, pero que allí no se enuncian, y que forman un sentido aun bastante inseguro, pero mínimo. En el derecho penal, el llamado *tipo* conduce a fuertes discusiones que, en el fondo, no son más que el establecimiento de lo que es su gramática. ¿Qué se debe entender, en la lectura de la ley, como conducta prohibida: el deber que está por detrás de ella, la conducta con la acción, la acción con valores y la ausencia de justificantes (elementos negativos) u otras hipótesis de diciéndolo *grosso modo*, formación de la gramática principal de la ley? El texto de la ley comienza a tener *unidad de sentido* cuando esa *segunda*

³⁴ Es, de nuevo, uno de los grandes conflictos de la obra *Pantaleón y las visitadoras*: el formalismo de Pantaleón en registrar sus actos en el "Servicio de visitadoras para guardaciones, puestos de frontera y afines", y el modo secreto e inmoral como deben ocurrir.

gramática (la primera es la del propio idioma) se forma con alguna jerarquía. Tal jerarquía, tal orden, es esencial para atribuir significado en el mundo del ser.

Esa gramática normativa es entonces el conjunto de reglas que alcanza a dar *unidad de sentido* a un texto. En otra oportunidad, profundizaré sobre la dinámica de la acción en esa gramática. Ahora solo daremos un simple ejemplo: quien observa el texto *matar a alguien – pena*, no encontrará sentido en él sin pensar en todos los valores del Estado, que trascienden la norma. *Matar a alguien – pena*, siempre que el agente sea mayor de edad, siempre que sea capaz, siempre que no lo haga en legítima defensa³⁵. Todas las leyes, por una gramática que es la propia jerarquía jurídica, tienen elementos básicos para darle sentido a ese mensaje.

Con la gramática, podemos pensar en nuestra ley siempre como un texto con reglas suficientes para formar sentido, un sentido bastante abstracto. Apenas pocos *fotogramas* de la realidad, que remiten al conocimiento del mundo para que tengan más sentido. Claro, como toda semántica.

Es por eso por lo que podemos proponer, sin mayor profundidad lingüística, que existe un factor reductor de significado, que es la relación del texto con el proceso de aludir al (aprehender el) mundo externo. El mundo nunca es la marca lingüística que lo reproduce, evidentemente, pero está reducido en ella. Intentando ser claro, quien pinta un cuadro, por realista que intente ser, debe elegir elementos de la realidad, reduciéndola a colores, y elige una perspectiva, un punto de vista, porque su cuadro no es la realidad, sino su representación³⁶. El lenguaje de la ley debe hacer lo mismo.

³⁵ Como ya advierte el penalista, aquí remito a los elementos negativos del tipo, en lo que atañe a las causas de justificación. Los elementos negativos del tipo, en autores como HIRSCH, son un asunto fascinante. Vide, apenas para documentar, ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, “La teoría de los elementos negativos del tipo: ¿una invención jurídico-penal?”, en AA. VV., *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008. También MIGUEL REALE JR., *Instituições de direito penal: Parte Geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

³⁶ En este sentido, LUHMANN facilita el debate, si bien mediante algún atajo. Al considerar que la sociedad no está hecha de personas sino de comunicación, evita ese factor bien intrincado que es la transferencia del mundo real hacia el lenguaje. El lenguaje ya es un presupuesto de la comunicación. Si lo pensamos así, tengo que admitir que existe algo de artificial en su visión, como la construcción abstracta que hace el matemático cuando representa el mundo en una serie de señales que indican un mundo perfecto. San AGUSTÍN decía que la perfección del mundo está en los números, y nosotros podemos decir que

El error de algunos intérpretes del derecho consiste en pensar que al positivismo se le escapa esa contradicción, cuando su buen propósito es justamente lo contrario: tenerla en cuenta. El propio KELSEN, en un pasaje bastante ignorado de su escrito más famoso, nos recuerda que si el juez quisiera averiguar sobre un hecho delictuoso *todas* sus circunstancias, estaría obligado a absolver al autor: comprender todo implica perdonar todo³⁷. Como también sugiere Cardenio, el enamorado de Lucinda en la obra de CERVANTES³⁸: “quien escucha las razones del criminal acaba por comprenderlo”. El individuo, en esa *Naturkette* (cadena de la naturaleza), tendrá siempre un universo que lo determina³⁹ al delito, mucho más allá de las circunstancias que

El positivismo no ignora la reducción

la perfección del mundo está también en las palabras. Cuando LUHMANN reduce todo a la existencia de un mundo comunicativo, ciertamente se olvida del mundo ontológico, que debe ser representado, porque la sociedad ya sería representación. Ese recorrido es bastante comentado en nuestro *Livre arbitrio e direito penal*, al que ya hicimos referencia.

³⁷ “Daher das Sprichwort: Alles verstehen heißt alles verzeihen. Das Verhalten eines Menschen verstehen heißt: darauf verzichten, ihn für dieses Verhalten zur Verantwortung zu ziehen, ihn dafür zu tadeln oder zu bestrafen, mit seinem Verhalten eine Unrechtsfolge zu verknüpfen, das heißt zuzurechnen. Aber in sehr vielen Fällen, in denen man die Ursachen seines Verhaltens sehr wohl kennt und es somit versteht, wird keineswegs dafür Zurechnung verzichtet, wird dieses Verhalten durchaus nicht verziehen. Das Sprichwort beruht auf dem Irrtum, dass Kausalität Zurechnung ausschließt”. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1967, págs. 101-102.

³⁸ Me refiero al genial parlamento de Cardenio, antes de narrar sus desventuras: “y no sé más que dolerme en vano y maldecir sin provecho mi ventura, y dar por disculpa de mis locuras el decir de la causa de ellas a cuantos oírlas quieren; porque viendo los cuerdos cuál es la causa no se maravillarán de los efectos, y si no me dieren remedio, a lo menos no me darán culpa, convirtiéndoseles el enojo de mi desenvoltura en lástima de mis desgracias”. *El Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha*, Cap. XXVII, primera parte, pág. 263.

³⁹ Aquí, una vez más, nos referimos a la compleja cuestión de la libertad de querer y sus implicancias en el derecho penal, materia de un trabajo más extenso, de nuestra autoría. Simplemente con la intención de ilustrar, hacemos alusión a textos claves del determinismo, que pueden elucidar mucho sobre el tema. Primeramente, el *De Servo Arbitrio*, de LUTERO, ya enunciado. Pero también la tesis de grado de ENRICO FERRI: “La negazione del libero arbitrio”, en *Íd.*, *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Tipografia di G. Barbèra, 1878. El trabajo monográfico de EDMUND MEZGER, *Über Willensfreiheit*. Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1944-1946, München, Verlag der B.A.W., 1947,

caben en el estricto término de la ley. Que el jusfilósofo alemán o el genio literario español no lo enuncien en los términos de la teoría del lenguaje no menoscaba su pertinencia en la exposición que aquí se hace.

Si se me permite reducir bastante los términos kelsenianos, afirmo que esa reducción del lenguaje es un mal necesario, y que, en ese punto, LUHMANN resuelve el problema tomando un atajo no tan jurídico, pero que tiene una visión práctica excepcional. De cualquier modo, todo el análisis positivo es un análisis de esa gramática especial y de esa semántica específica, lo que implica notar que el autor de la ley —el legislador— reconoce que tiene como material de trabajo un lenguaje reductor de la realidad.

Un estudioso de la literatura diría, entonces, que el mejor autor es aquel que utiliza esas reglas gramaticales y esas posibilidades semánticas con mayor *intencionalidad*, pero aquí tenemos un elemento adicional: la perfecta intencionalidad del legislador en la composición de ese enorme texto siempre se presume.

Derecho a equivocarse o el Estado impune

Ello nos autoriza, resumiendo bastante nuestra exposición, a concluir que, cuando el texto legal inscribe un elemento de la realidad en su *frame*, seguramente aporta mayores consecuencias que un mero reconocimiento del mundo. Para nuestro caso, cuando, entonces, el legislador prevé en la ley que el Estado *puede* retardar el delito flagrante⁴⁰, o cuando dice que el agente infiltrado puede ignorar (y participar de) delitos siempre que observe la *proporcionalidad*, inscribe en su gran texto algo más que una mera reiteración de lo que gramaticalmente ya formaba parte del macrotexto legal. En otras palabras, la no intervención de la autoridad en todos los delitos era apenas *justificable* por elementos de naturaleza excepcional de la ley, como el estado de necesidad o, en el límite, la no reprobación del acto prevaricador por la real imposibilidad de perseguir todos los delitos.

y, en Brasil, la presentación de PEDRO LESSA: *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, São Paulo, Typographia Duprat & Comp., 1905.

⁴⁰ En algunas legislaciones, no aparece exactamente la locución "retardar el flagrante" postergar, diferir o prorrogar la intervención policial para la captura en flagrancia, pero se deduce. En Colombia, por ejemplo, el art. 242 del Código de Procedimiento Penal trae este fragmento: "En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él". Es algo como permitir actuaciones del agente, como también una no-intervención, que ya aparece en el artículo 239, que regula el seguimiento de personas.

En el caso brasileño, la ley que establece la no punición por la no exigibilidad de otra conducta⁴¹ del agente es prácticamente, en nuestra opinión, el reconocimiento del derecho de errar del Estado, que de modo tan controvertido WALTER JELLINEK⁴² defendía, pero que va muy a contramano de las tendencias democráticas actuales⁴³. O, desde otra perspectiva, la “impaciencia del legislador”, como menciona JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁴, en el caso para que no se responsabilice al agente del Estado, si actúa en esa configuración utilitarista. Un tanto preocupante, en verdad.

La ley del agente infiltrado, así como la de la delación premiada, transforman la excepción en regla y le dan al Estado el *derecho* de elegir aquello que se debe punir, por una regla de importancia dudosa, que ya vimos.

⁴¹ Nos referimos al art. 13 de la ley 12.850 de 2013, especialmente a su párrafo único: “O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”.

Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.

⁴² “Der so wichtige Satz, dass der Staat das große Vorrecht hat, sich irren zu dürfen, bewärt sich auch hier”. O sea, “también aquí” funciona el derecho de errar del Estado (en este caso, para dar eficacia a decisiones administrativas o sentencias eventualmente ilegales). WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1931, pág. 294. El *Irrtumsprivileg des Staates* aparece también en LECKNER así como en SCHÖNKE, y en JESCHECK y MAURACH, pero todos referidos a WALTER JELLINEK. Cfr M. ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, J. M. Bosch, 1995, pág. 147.

⁴³ Después de comentar un precedente en el que el Estado, como persona jurídica, se considera impune, VERVAELE, en la perspectiva holandesa, comenta los presupuestos en los que se entiende que el individuo-autoridad puede ser responsabilizado por sus actos, incluso en el debido ejercicio de su función. Ni siquiera llegamos a exigir tanto aquí, pero vale la observación: “El derecho privado y el derecho público han conocido igualmente una evolución activa en el sentido de una responsabilidad creciente de la autoridad y una protección jurídica reforzada del ciudadano”. JOHN A. E. VERVAELE, “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda”, en LUIS MIGUEL REYNA ALFARO (coord.) *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara Editores, 2005, pág. 499.

⁴⁴ “En primer término, no hay motivo alguno para poner en guardia al juez de modo especial en estos delitos, para que se cuide particularmente de la exclusión en estos delitos”. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., pág. 901. Tratamos sobre ese tema específicamente en nuestra tesis de doctorado (*Tutela penal da intimidade*, cit., págs. 151 y ss.), a la que remitimos para mayor contenido bibliográfico. Con una tesis ligeramente distinta, vide: ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, “La estructura típica del delito de coacción”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, núm. I, 1977, págs. 19-40,

Al permitirse lo que se llama *nota de excepcionalidad*, las consecuencias no son pocas, para la interpretación del texto legal como un todo y para la práctica real.

En verdad, en épocas menos utilitaristas, el derecho penal ya enfrentó problemas similares. Los penalistas conocen la diferencia que existe entre que la figura del estado de necesidad sea una causa *justificante* (siguiendo el modelo italiano o argentino⁴⁵) o una causa exculpante (como en España y Alemania). En ambos casos el resultado práctico es casi el mismo, porque aquel que actúa en estado de necesidad no es penalizado, pero el efecto sistémico es bastante distinto: los modelos brasileño e italiano permiten que el individuo *suprime* el derecho ajeno en una condición extrema, lo que significa verdadera concesión de validez a la popular ley del más fuerte. En una discusión que enunciamos mejor en la periferia de este texto⁴⁶: la ley del más fuerte es eficaz en el mundo de los hechos, pero es mejor mantenerla en el campo de la no reprobación individual, y no en el del enunciado positivo del derecho.

Del mismo modo —y aquí aclaramos el paralelo— no es tan criticable asumir que existe una constante selección del Estado, siempre mal preparado, de los crímenes que puede punir. Es la concesión que hacemos, como contrapunto. Otra cosa, bien diferente, es que el Estado enuncie esa condición, y que permita, por escrito, tal elección. En palabras más directas, al poner de manifiesto que existe un principio de oportunidad, la ley no se vuelve más realista: su intención es, como ya se ha dicho, la de transformar en regla lo que originalmente era excepción.

Para inscribir ese reconocimiento y mantener su naturaleza excepcional, la única solución posible parece ser la que proponemos: un derecho reconocido de guerra.

⁴⁵ El art. 34, 3º del Código Penal argentino se refiere al estado de necesidad como “no punible”, con lo cual interpretamos que sea una justificante. Casi igual el art. 10, 7º del Código Penal de Chile, que se refiere al agente en estado de necesidad como “exento de responsabilidad criminal”, aunque el 11º matice la figura.

⁴⁶ Una crítica nuestra, con mayores referencias, al modelo del estado de necesidad como justificante puede verse en nuestro *Fundamentos de derecho penal*, 2010, pág. 238.



VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ



DELACIÓN
PREMIADA
LÍMITES ÉTICOS AL ESTADO




EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Víctor Gabriel Rodríguez, 2019.
- © Editorial Temis S. A., 2019.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1225-4
3014 2019027260

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.