

LA PRUEBA Y EL AGENTE PROVOCADOR

Camilo Sampedro Arrubla

Con el Acto Legislativo 03 de 2002, se le dio vía libre a la tan anhelada reforma estructural de la justicia penal en Colombia, abriendo las puertas a lo que el mismo acto y sus promotores llamaron el sistema acusatorio.

Valiéndose de tal denominación, quienes vienen participando, incluso desde antes del Acto Legislativo, en la elaboración de un código procesal penal conforme a tal estructura de proceso, han traído como propuestas un sinnúmero de figuras propias de legislaciones foráneas en donde está vigente el sistema llamado acusatorio.

Sin embargo, no todas ellas –las figuras– son propias del esquema procesal al que nos enfrentamos, sino que son más bien propias de la forma del gobierno, ni siquiera de Estado, en donde rigen. Puede ocurrir entonces, que figuras traídas a nuestro país con la excusa del llamado esquema procesal acusatorio, no sean propias o exclusivas de él, y por tanto puedan resultar contrarias a nuestra Constitución que no varió en lo que hace a los principios y a los límites materiales de la actividad judicial. Que no se diga entonces, que por autorizar la Constitución un aparente sistema acusatorio, aquí ahora será constitucional todo lo que para legislaciones extranjeras es útil con independencia del ser humano.

También es cierto que la constitucionalidad de estas figuras es un asunto distinto, aunque no independiente, de lo que la ley o proyecto de ley dispone. Eso nos hace tener en cuenta que sobre cada una de ellas es posible pronunciarse desde el punto de vista dogmático, sobre el punto de vista procesal y sobre el punto de vista constitucional¹.

1. Sobre lo dogmático del agente provocador con énfasis en la responsabilidad del provocado estoy

Este trabajo lo hemos centrado en uno de los muchos subtemas que el asunto del agente provocador puede recoger. Nos referimos a los aspectos procesales, concretamente al referente a la prueba obtenida con su participación.

Iniciemos con el contrasentido que encarna históricamente la figura: el agente provocador era, en tiempos de RICHELIEU, el agente del Estado encargado de promover disturbios contra el régimen político para hacer que otros lo siguieran en su actuar y así poder identificarlos y capturarlos. Es decir, lo que el agente provocador pretendía, sin más, era provocar al que no había hecho nada pero tenía una ideología distinta, en todo caso no materializada sin la acción del provocador. No en pocas ocasiones la pretendida acción policial se dirigía a deshacerse de un individuo con la pretensión real de acceder sus bienes o su mujer.

Entonces se hablaba de dos modalidades: el observador que trabajaba clandestinamente y aquel que recibía su libertad, dinero y protección, a cambio de la colaboración con la policía.

Aunque, como alguna vez dijimos, no nos cabe duda el alarmante crecimiento cuantitativo y cualitativo de la delincuencia, es necesario que todos y cada uno de los instrumentos que el Estado pretenda usar en aras de su lucha, no deben violentar los límites que la Constitución, la dogmática penal constitucional y, fundamentalmente, la dignidad humana, imponen a las labores investigativas. No podemos tampoco olvidar, que no pocas veces en aras de lograr un fin específico se crean leyes absolutamente excepcionales y anunciadas así en un comienzo, que terminan generalizándose por la propia incapacidad del Estado. Así ocurrió, por ejemplo, con el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, con la interceptación de llamadas etc., y no nos extrañaría que ocurriera con las pretendidas funciones de policía judicial para los militares cuando las circunstancias topográficas de orden público lo ameriten o con el agente provocador para los casos en que la prueba no sea de fácil obtención.

Hoy la gran mayoría de los autores coinciden en afirmar que lo que caracteriza al agente provocador es la contradicción en su actuar en tanto regido por la ausencia de intención de lesionar o poner en peligro un bien jurídico pero induciendo a otro a hacerlo con el propósito de conminarlo o descubrirlo.

Es importante tener en cuenta que hay quienes diferencian al agente provocador del encubierto en tanto que el primero provoca y el segundo participa engañosamente en el delito. Nosotros somos partidarios de considerar que si bien existe la diferencia, no puede llamarse encubierto a quien participa en la realización de un delito así lo haga

desarrollando el trabajo de tesis doctoral bajo la dirección del profesor MANUEL CANCIO MELIÁ de la Universidad Autónoma de Madrid y sobre lo constitucional tuvimos la oportunidad de pronunciarnos someramente en conferencia publicada en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 71, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

omisivamente, porque éste está en realidad provocando por omisión, salvo que el agente se encubra una vez se haya consumado el delito.

La responsabilidad penal del provocado se ha fundado en tres argumentos, que según algunos la constituyen: 1. El que informa que la participación de otro no hace que desaparezca la responsabilidad; 2. El que dice que la provocación policial no exonera en tanto que la voluntad criminal es previa; y 3. El que consiste en que el provocado debe responder en tanto no se ha ejercido una presión sobre él que le impida actuar con voluntad².

La verdad es que, teniendo en cuenta que la supuesta utilidad de la figura del entrapamiento está dada por la consecución de la prueba en contra del entrapado, y si los anteriores son los argumentos para que el provocado responda penalmente, debemos, a más de por inconstitucional, rechazar la figura en nuestro ordenamiento atendiendo a la imposibilidad de obtener la prueba que legitime una condena con los tres fundamentos propuestos.

En efecto, plantear la responsabilidad del provocado conforme quedó dicho, obligaría a probar legítima y legalmente la participación del provocado y del provocador; la voluntad previa y trascendente para el derecho penal y la voluntad material de quien es provocado.

Lo necesario es considerar primero si la prueba obtenida por el provocador es legítimamente obtenida, pues de no ser así sería inexistente para el proceso.

Sin duda alguna la intervención policial del provocador surge de una actividad investigativa que arroja uno de dos hechos: o se sospecha de la comisión y la participación del provocado en un delito que ya sucedió o, se sospecha de lo mismo y del mismo por un delito que sucederá³. En el primer caso corresponde al Estado el encontrar los responsables y en el segundo la evitación. Suele decirse, y lo menciono sólo para no dar la impresión de no tocar el tema pues está dentro de las dos hipótesis anteriores, que la intervención del provocador se justifica también cuando de desarticular bandas delincuenciales se trata, aunque debemos decir, tal actividad solo es válida cuando la banda delincriminal ha cometido delitos en el pasado o cometerá en el futuro, salvo que la misma organización, sin más, constituya delito de concierto para delinquir, caso en el cual también corresponde al Estado la evitación.

Así las cosas, la prueba del provocado proveniente de la actuación del provocador, sólo puede pretenderse con dos fines: buscar al responsable o responsables de un

2. MARIO DANIEL MONTOYA. *Informante y técnicas de investigación encubiertas*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc., 2001, p. 50.

3. Entiendo por sospecha todo motivo razonablemente fundado que permita dar por legítimo la utilización de un procedimiento como el que comentamos.

delito ya acaecido o evitar la realización o consumación de uno por venir, las dos finalidades se pretenden a través de la realización de un nuevo delito, precisamente el provocado. Es decir, para lograrse la prueba, el agente provocador no puede más que participar activa u omisivamente en el hecho a probar. Si solo se infiltra o encubre sin provocar delito alguno, estaremos en presencia de una figura distinta como el informante, el observador, el encubierto, etc., pero, insistimos, jamás en la figura que comentamos, porque nunca podrá ser agente provocador el que no provoca, por lo menos, una tentativa. De hecho el que provoca algo inocuo, nada provoca para el derecho penal.

Bien, tenemos entonces que en un caso concreto el provocador genera las circunstancias precisas para lograr la actuación como autor o partícipe de quien se quiere entrapar. Bajo tales circunstancias y ajenas en su construcción a él, así las haya propuesto pero no logrado, el provocado termina actuando en lo que al final parece ser una tentativa o un delito consumado, probado con la evidencia lograda por el provocador.

¿Qué logró entonces el provocador? Tendríamos que decir, sin temor, que logró una o varias de las siguientes pruebas:

- La prueba de la tendencia criminal del provocado, pues con el hecho realizado por provocación, el entrapado mostró que se inclina a la comisión de delitos.
- La prueba de la participación en el delito provocado, bien en grado de tentativa, o de consumación.
- Si aparte de ello con el delito provocado logró la prueba de delitos anteriores, es un asunto que se debe tener al margen de este comentario, en tanto que, por un lado creemos tiene vicios de constitucionalidad y de legitimidad por utilizar el hombre como medio y no como fin, y porque, por otro lado, la prueba así obtenida se ajusta más a la figura del encubierto o infiltrado propiamente dichos (que no participan en el delito descubierto), y no al agente provocador.

Recapitulando entonces el provocador logró la prueba de la tendencia y la del delito provocado.

Para nadie es un secreto, así algunos lo pretendan olvidar, que el derecho penal en Colombia, a pesar del Acto Legislativo 03 de 2002, es un derecho penal de acto, no solo porque así lo impone la forma de Estado acogida por nuestra Constitución, sino porque expresamente aparece consagrado con la fórmula el “acto que se le imputa” del artículo 29 de la Carta. También por imperativo constitucional, el derecho penal colombiano, independientemente del esquema procesal formal que se acoja, está fundado en un doble desvalor de injusto, de manera que no puede olvidarse que son necesarios tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado para que el Estado imponga la carga del proceso penal a uno de sus coasociados. En resumidas

cuentas, nadie puede ser sometido a proceso penal en Colombia por lo que es, piensa, quiere, o por sus inclinaciones, tendencias o maneras de ser.

Así las cosas la prueba de la tendencia del provocado obtenida por el provocador no sirve ni siquiera para procesos ya abiertos en tanto que el derecho penal, también por orden constitucional, es culpabilista, por lo que de nada vale saber que un imputado o sindicado es propenso al delito (lo que además es incorrecto afirmar, así se tenga prueba de la participación en uno o más punibles); ya que no es posible reprochar a un sujeto por lo que "... posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace" en palabras de la Corte Constitucional⁴.

Siendo inútil la prueba de la tendencia criminal o voluntad criminal previa, nos queda entonces, hasta aquí, la prueba de la participación o autoría en el hecho provocado por el agente provocador, columna vertebral de este escrito.

Sin duda alguna el hecho probado ha de ser punible para que la tarea del provocador cumpla su fin, de lo contrario nos encontraríamos ante una actividad estatal sin sentido que, por serlo, es inconstitucional.

Como lo sabemos en el delito provocado el agente provocador logra las circunstancias para que el "sospechoso" realice o termine la actividad típica, lo que sin más es reconocer que el Estado es partícipe activo, con actos de ejecución, en el *iter criminis*, como cuando se le pone la "carnada" al provocado o se le ofrece en venta un objeto cuya adquisición constituiría delito. Puede ocurrir que el Estado llegue al *iter criminis* cuando éste ya está en desarrollo, como cuando en una extorsión el agente estatal lleva el dinero solicitado al delincuente o en la denominada entrega vigilada en las operaciones de narcotráfico, caso en el cual es el agente provocador –Estado– el que permite la realización del aparente punible, es decir es partícipe por omisión.

El cuestionamiento que debemos formularnos es claro: ¿Cuándo el Estado es provocador del delito, así el agente provocador hubiera materializado actos de ejecución, puede decirse que la conducta de éste es delito y además que la prueba obtenida por el Estado así es legítima y útil? A este o estos cuestionamientos damos respuesta así:

"La Constitución establece que el Estado colombiano está fundamentado en el respeto de la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentra en el libre desarrollo de su personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad"⁵.

4. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Constitucionalidad 425 de 1997.

5. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Constitucionalidad 239 de 1997.

Lo anterior sin más es que la actividad punitiva del Estado frente a cualquiera de sus ciudadanos, sin importar si se encuentra en condición de sindicado o condenado, mucho menos de sospechoso, siempre está limitada positiva y materialmente por el reconocimiento de la dignidad humana del ciudadano en cuestión.

No nos cabe duda que cuando el Estado crea las circunstancias (otros dirían el escenario necesario) para que un individuo realice una conducta que en condiciones normales es punible, con el propósito de obtener prueba del mismo o de otros comportamientos, esta actividad, así aparezca en la ley y la misma haya sido objeto de un examen de constitucionalidad de aquellos en que la conveniencia se posa sobre la Constitución, se traduce en la cosificación del hombre que ha sido utilizado sin vergüenza, para obtener una prueba; es decir, el ser humano ha sido el medio para lograr el fin que el Estado no pudo alcanzar.

La conclusión es lógica: si es nula de pleno derecho la prueba obtenida sin respeto a la dignidad humana, es nula la prueba del delito provocado, máxime cuando la acción a probar no es producto del libre desarrollo de la voluntad del provocado. La llamada voluntad criminal previa no es del provocado, es del Estado enfermo.

De la misma manera tendrá que afirmarse que no es cierto que no se haya ejercido presión tal sobre el provocado que le impida actuar con voluntad. Por el contrario, claro que sí se ha ejercido tal presión, consistente en el engaño; pero en todo caso, de ser cierto que no hay presión, la conclusión respecto del “no impedirle actuar con voluntad” nunca será cierta, en términos de certeza, pues tal afirmación es solo un supuesto que nunca se clarificará, razón suficiente para desechar, por la imposibilidad de que el Estado presuma para condenar la afirmación de que el sujeto provocado actuó libremente.

Como lo vimos, suele decirse, para dar razón a la figura del provocador, que la participación de otro no hace que se excluya la responsabilidad del agente, lo que en principio es cierto y evidenciado con las normas básicas de la participación criminal. Sin embargo las cosas cambian, cuando el partícipe es el propio Estado. El panorama varía en razón de dos argumentaciones:

En primer lugar, es necesario recordar que no le es permitido al gobierno de un Estado como el nuestro actuar ilegalmente –provocando y participando en delitos– para obtener éxito en las investigaciones de otros, o lo que es lo mismo, el Estado “... no puede convertirse en un delincuente para hacer condenar otro delincuente”⁶.

Bien lo decía el maestro CARRARA cuando afirmaba “Es satánico el papel del que induce a uno a cometer un delito para denunciarlo y arruinarlo. Y es, además, infamia execrable, cuando este papel lo representan agentes gubernamentales por fines políticos”⁷.

6. Citado sin referencia por MARIO DANIEL MONTOYA. *Informante y técnicas de investigación encubiertas*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc., 2001, p. 48.

7. FRANCESCO CARRARA. *Programa de derecho criminal*, vol. II, Bogotá, Temis, 1977, p. 384.

Es que como lo recuerda la doctrina, no es infiel el que cae en la tentación de una bellísima mujer que ha sido contratada por su esposa para seducir al marido y con ello probar su infidelidad, pues quien mal actuó fue la esposa, que además está enferma.

Pero fijémonos como, no solo por lo que respecta a la forma de Estado y al respeto de los derechos fundamentales, en especial el libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de la dignidad humana, se debe rechazar la afirmación de que la participación de otro no excluye de responsabilidad del agente en el caso de la provocación delictual.

En efecto, desde el punto de vista dogmático la participación del Estado en un delito provocado hace que la conducta se torne bien en un delito imposible o bien en una acción no antijurídica, en tanto que al Estado tener posición de garantía le es debido, por un lado actuar positivamente para evitar el resultado y por otro lado, salvaguardar el bien jurídico de peligro o lesión.

De esta manera, cuando el Estado omisivamente no impide la realización del delito que puede impedir, con el ilegal propósito de incriminar a los demás partícipes, está renunciando políticamente a ejercer el *ius puniendi*, y en todo caso, cuando participa activamente en la realización del punible, no puede negarse que el bien jurídico está protegido por él mismo, desde el mismo momento en que comienza su participación, por lo que la lesión o puesta en peligro es imposible y, de darse, sería su responsabilidad y no la del entrampado.

Gráfico es el ejemplo de la extorsión en nuestro país, cuando el agente provocador se hace pasar por emisario de la víctima llevando papel en cambio del dinero exigido. Desde el mismo momento en que el agente provocador empieza a participar en el hecho, el bien jurídico está salvaguardado, por lo que jamás el provocado por omisión, podrá ser sancionado por extorsión consumada⁸. Lo mismo ocurre en el caso de aquel provocador que ofrece dinero a un fiscal con el propósito de obtener prueba de un cohecho, pues desde el primer momento la administración pública se encuentra a salvo de cualquier lesión por el caso concreto.

Así las cosas entonces, debe decirse que es inútil la prueba obtenida por el provocador cuando éste es un agente del Estado, en tanto que siendo, dicha actuación, contraria a los fines del Estado, nunca obtiene prueba de un delito, sino de algo que no le interesa al derecho penal.

Dicho lo anterior pareciera que, respecto del proyecto de Ley 01 de 2003 aprobado por la Cámara de representantes colombiana, nada tendríamos que decir en relación

8. Si la extorsión en Colombia fuera un delito contra la autonomía y no contra el patrimonio el panorama sería distinto.

con el agente provocador. Sin embargo observando bien el asunto y deteniéndonos no solo en lo nominal de la propuesta ya aprobada, debemos hacer las siguientes reflexiones:

El Proyecto de ley contiene, entre otros de interés para el tema que abordamos, los siguientes artículos:

Artículo 1.º *Dignidad humana*. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

Artículo 12. *Lealtad*. Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.

Artículo 116. *Principio de objetividad*. La Fiscalía General de la Nación con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Artículo 236. *Análisis e infiltración de organización criminal*. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que el agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 237. *Actuación de agentes encubiertos*. Cuando el fiscal, previa autorización del director nacional o seccional de Fiscalías, o tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. 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. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información

útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, como requisito de validez de la actuación, para lo cual se aplicarán en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un año, prorrogable por un año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, ésta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Artículo 238. *Entrega vigilada.* El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del director nacional o seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo 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.

De la misma forma el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del

exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las 36 horas siguientes con el fin de establecer su validez.

Sea lo primero anotar que según el texto de los artículos 236 y 237 proyectados el fin de los denominados agentes encubiertos o infiltrados es la obtención de prueba útil en aras del éxito de la investigación. No otra cosa puede entenderse de las expresiones “con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta” e “indispensables para el éxito de las tareas investigativas”

Pero en lo que se refiere al que realmente nos interesa vemos como los textos transcritos nos permiten afirmar que el denominado agente encubierto o infiltrado realmente es un agente provocador, por lo menos en lo que hace a algunas de las actividades que se le permiten u ordenan.

En realidad son dos las situaciones que nos preocupan: la primera una concreta hipótesis del agente encubierto del 237 y la segunda, todas las posibilidades a presentarse en desarrollo de la entrega vigilada del 238.

En efecto, tendría que afirmarse que en los eventos del denominado agente encubierto en las que se le permite al mismo realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica (con lo que aparentemente prohíbe la participación en la realización de delitos), cuando se sospecha que el investigado continúa desarrollando una actividad criminal, en definitiva lo que la norma impone al encubierto es la omisión del deber de impedir el resultado de la actividad que se viene realizando por parte del investigado, lo que sin más, significa que el agente encubierto no impide el resultado que tiene el deber jurídico de impedir, lo que equivale a producirlo (provocación por omisión). Además y en todo caso, el agente provocado, llamado investigado por la norma proyectada, no realiza actos punibles desde el momento en que omisivamente participa el agente encubierto, por estar protegido el bien jurídico o bajo custodia del Estado, como quedó dicho.

Algo similar ocurre con la entrega vigilada del 238. Palabras más palabras menos, el artículo dispone la posibilidad de que el agente encubierto haga las veces de traficante o mensajero entregando los objetos de tenencia o transporte ilícito, o la permita bajo vigilancia especial de agentes “especialmente entrenados y adiestrados”.

Aunque expresamente, pero solo de manera aparente, prohíbe la figura del agente provocador cuando afirma que no se podrá “sembrar la idea de la comisión del delito”, no excluye la modalidad de provocación a que hicimos atrás referencia.

En efecto, participar en un delito en el que se llega al resultado final –la entrega– o permitirlo teniendo el deber jurídico de impedirlo, equivale a realizarlo (provocación por omisión) lo que pone de manifiesto un Estado delincuente. Por su parte, en todo caso, el agente provocado, es decir quien participa en la entrega como suya, no realiza actos punibles desde el momento en que omisivamente participa el agente encubierto o se da cuenta de la existencia del desarrollo del delito, por estar protegido el bien jurídico o bajo custodia del Estado a través de agentes especialmente entrenados y adiestrados para protegerlo. Es decir, no se responderá sino por lo que es punible antes de la participación del provocador. Así por ejemplo, en el caso del tráfico de estupefacientes, reservas culturales del país, de animales en vía de extinción etc., el autor del delito solo será responsable de la tenencia pero no del tráfico cuando el agente encubierto y especialmente adiestrado no ha evitado la continuación del punible debiendo hacerlo.

Inclusive, a pesar de la reacción que pueda generar para efectos prácticos, es necesario decir que si entre los propósitos de la Fiscalía está el capturar y enjuiciar a quien recibe la mercancía, no se obtendrá prueba útil en su contra, salvo (con reservas) por lo que hizo antes, en tanto que su actividad está vigilada de tal manera que es imposible que produzca daño o genere peligro para el bien jurídico.

En conclusión tenemos entonces, que cuando la ley establece la figura del encubierto con posición de garante o provocador por omisión, no solo está consagrando medios para lograr pruebas ilegítimamente obtenidas (máxime si se cuenta con el principio de transparencia estatal consagrado dentro del de objetividad en el artículo 116 del proyecto) y por ende inexistentes, sino que además ellas no servirán nunca para probar un punible, porque la participación del agente estatal impide que se estructure.

