

EL AGENTE PROVOCADOR FRENTE A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

*Camilo Sampedro Arrubla**

Dentro de las denominadas “zonas de no derecho” puede situarse la figura del agente provocador, concepto que se refiere a aquel sujeto que, participando o no en la acción (en todo caso sin responder), permite o facilita (provoca) la realización de una conducta aparentemente punible de otro. Así, por ejemplo, el que se hace pasar por comprador de droga para obtener prueba de responsabilidad de quien la expende; quien deja algún dinero a la vista en una oficina para determinar cuál es el empleado que ha venido sustrayendo el de otros; quien habiendo descubierto la comisión parcial de un delito no lo frustra sino que permite su continuidad para determinar el resto del recorrido criminal o sus partícipes, etc.

Aun cuando la cuestión inicial por lo general se dirige a la actuación del propio agente provocador frente al derecho penal, la cual normalmente, aunque por distintas vías, genera en ausencia de responsabilidad, nos limitamos en este escrito a la responsabilidad penal del provocado por la acción provocada y a la prueba obtenida con ocasión de la provocación.

A la figura del agente provocador se le ha dado justificación fundamentalmente desde la pretendida persecución de dos fines: descubrir la delincuencia desde la raíz, y lograr probar la comisión del delito provocado o de otros anteriores.

No nos cabe duda que la delincuencia ha crecido vertiginosamente, no sólo cuantitativa sino cualitativamente, por lo que aparecen justificados todos los intentos de la política criminal

* Profesor de derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

tendientes a reducir las lesiones a bienes jurídicos. A ellos no nos oponemos, no podríamos hacerlo, siempre que se tengan en cuenta las premisas básicas de cualquier instrumento del derecho penal, como lo son el respeto por la Constitución, y por esa vía de los derechos fundamentales traducidos en las garantías individuales y la eficacia de la medida, en tanto la Constitución de un Estado como el nuestro no soporta lo inservible o ineficaz.

La pregunta que surge de lo anterior es si la utilización del agente provocador en el Estado actual del derecho constitucional es legal en Colombia, y de serlo, si cumple con la finalidad conforme al derecho penal actual.

1. No por capricho el nuevo código penal colombiano¹ sitúa como pilar de pilares el respeto a la dignidad humana como fundamento del derecho penal. Lo hace por mandato constitucional que se refleja en la siguiente sentencia: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundamentado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la 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”².

Para el derecho punitivo lo anterior significa que el partícipe del sistema penal, bajo ninguna condición, deja de serlo, lo cual impone el reconocimiento de la inconstitucionalidad de todo aquello que niegue la persona como tal.

La existencia del agente provocador pretende llevar a un sujeto a realizar un delito por inducción estatal o le permite realizarlo por omisión del mismo Estado representado en la autoridad concreta.

Es claro que cuando el Estado mismo lleva a un sujeto a cometer un delito para incriminarlo en el mismo, para obtener prueba de otros o con cualquier otra finalidad, por legal que sea, significa utilizar al hombre como medio y negarle su connatural ser fin en sí mismo, sin más cosificarlo, lo cual es contrario a los postulados constitucionales e internacionales, esencialmente en lo que hace al reconocimiento de la dignidad humana, conforme quedó expuesto.

Lo mismo debe afirmarse de la utilización del ser humano para obtener prueba de otros delitos realizados por él o por otros, pues aunque se tilde de loable la pretensión, lo indiscutible es que, como en ningún otro aspecto, en el derecho penal fundamentado en la dignidad humana el fin no justifica los medios.

2. Ya en el seno de la dogmática particular como la nuestra, también soportada en la Constitución, vale la pena preguntar la utilidad de la figura del agente provocador en

1. Ley 599 de 2000.

2. Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

cuanto hace a la búsqueda de la responsabilidad de quien ha sido inducido por el mismo Estado (por acción u omisión).

– Si el tipo penal describe conductas, y éstas para serlo deben estar dirigidas por la voluntad, cuyo reconocimiento es innegable en un derecho penal como el nuestro, se afirmarí que, en cuanto a la voluntad del provocado esté viciada desde el principio, no puede hablarse de acción y mucho menos de tipicidad, por falta de voluntad.

– Si sólo es antijurídica la acción que lesiona o pone en peligro de manera efectiva un bien jurídico, debemos decir que la acción provocada no es antijurídica –por lo menos materialmente– en la medida que la vigilancia permanente de la autoridad sobre lo que hace y puede llegar a hacer el provocado hace imposible el resultado jurídico fundamentador del injusto penal de raigambre constitucional. En otras palabras, ante una acción provocada, el bien jurídico nunca está ni estará en peligro.

– Pretender sancionar un desvalor de intención (propio de la figura que nos ocupa) es contrario al derecho penal culpabilista, en la medida que la punición de la acción provocada estaría fundada en una responsabilidad por lo que se es y no por lo que se hace.

Así, si la justificación del agente provocador o, mejor, de la acción provocada está dada por la finalidad de sancionar al provocado, es claro que en el derecho penal colombiano no tiene cabida, ya que, como quedó expuesto, no se puede sancionar porque no es una acción voluntaria, porque no puede producir daño o porque no es objeto de un juicio de reproche por falta de conducta a reprochar.

Pero la carencia de eficacia de la acción provocada al interior de un esquema dogmático como el nuestro, no nos impide manifestar su contrariedad con la Constitución en la anterior del mismo, fundamentado en lo siguiente:

– Acto que no sea voluntario no es acción, y nadie puede ser sancionado sino por sus actos. Artículo 29 de la Constitución.

– Lo que no es lesivo, ni puede llegar a serlo, no es punible, pues la intervención penal del Estado sólo se justifica en tanto pretenda la protección de los bienes jurídicos. Inclusive en el mismo principio de dignidad humana, el que impide la sanción de lo que no lesiona jurídicamente. Preámbulo y artículos 1 y 2, entre otros, de la Constitución.

– No es culpable cuando no se puede reprochar, y a nadie se puede reprochar por lo que “... posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”³ libremente. Artículo 29 Constitución.

3. Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 1997.

3. Ahora bien, si por otro lado se afirma que la justificación del agente provocador y, por ende, de la acción provocada, está dada por la necesidad o viabilidad de obtener prueba de delitos del provocado, debe negarse de igual forma su apego a la Constitución, además de su utilidad, pues el agente provocador sólo obtiene prueba de la acción provocada, que como vimos no es punible, a menos que se pretenda con ella probar hechos anteriores, lo cual es contrario al principio de la culpabilidad de origen constitucional, en la medida que lo único que se obtendría sería la prueba de la tendencia a delinquir, que no puede fundar la responsabilidad penal, por proscripción del peligrosismo.

De otro lado, si con la figura se pretende la obtención de pruebas de hechos de terceros, nos parece que, por contravenir la Constitución como quedó expuesto, nos encontramos ante una prueba ilegalmente aportada al proceso.

4. La pregunta que nos debemos formular es ¿qué ocurre cuando a pesar de la presencia del agente provocador se realiza el injusto, como cuando se permite el tráfico de droga que llega a su destino, y se captura a los responsables luego que ésta ha sido distribuida y vendida? En este evento el resultado concurre con la acción, y ambos son desvalorados.

Creemos que cuando el sistema penal, para proteger bienes jurídicos de mayor valía, permite e incluso provoca la lesión de otros, de alguna manera está renunciando, frente a éstos, a la protección de los mismos, de manera que no puede punir lo que la mismo no le interesa.

Así las cosas, en estos pocos renglones se plantea, en forma somera, la inutilidad y oposición a la Constitución y a los tratados internacionales de la figura del agente provocador, tantas veces utilizada subrepticamente en nuestro país, y muchas otras de manera abierta.