



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP2708-2022

Radicado N°61363.

Acta 176.

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa técnica de JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, contra la sentencia de segunda instancia, de fecha 14 de enero de 2022, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala de Decisión Penal, confirmó el fallo condenatorio emitido, el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de dicha ciudad, por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

Aproximadamente a las 4:37 p.m. del 9 de octubre de 2016, en el parque Santa Bárbara del municipio de Barichara (Santander), el policial CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, actuando como agente encubierto, efectuó, a JUAN SEBASTIÁN PLATA CAMACHO, apodado hippie, la compra controlada de 3.09 gramos netos de marihuana, por \$10.000. Para el efecto, ELIZABETH PLATA LOZANO, quien trabajaba en ese espacio público vendiendo mangos, le sirvió de intermediaria, pues, tal era su rol, necesario en este caso porque JUAN SEBASTIÁN PLATA CAMACHO, no acostumbraba a venderle a extraños.

El procedimiento fue el siguiente: CRISTIAN le preguntó a ELIZABETH *“(...) si no sabía quién nos diera fuego (...)”*, refiriéndose con ese término al estupefaciente. Ella, en alusión a JUAN SEBASTIÁN, le respondió: *“(...) espere le preguntamos al vaguito a ver si nos da fuego (...)”*. Entonces, CRISTIAN le entregó el dinero a ELIZABETH, quien se dirigió hacia donde estaba JUAN SEBASTIÁN. Este dejó la sustancia en el piso, junto a un bolso, y se retiró; ELIZABETH la recogió, dejó el dinero en el mismo lugar y luego se desplazó hacia donde estaba ubicado CRISTIAN, encubierto bajo la fachada de vendedor ambulante de discos compactos, y le entregó la sustancia estupefaciente, que fue incautada.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La Fiscalía obtuvo la expedición de orden de captura contra JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, la cual se hizo efectiva el 14 de julio de 2017.

2. Al día siguiente, ante el Juzgado 52 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía 306 Seccional le formuló imputación a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, como autor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el imputado. La Fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

3. El 13 de octubre de 2017, la Fiscalía 7ª Seccional de San Gil radicó escrito de acusación contra JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, como coautor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (inciso segundo del artículo 376 del Código Penal), en las modalidades conductuales de venta, ofrecimiento y distribución. En el fundamento fáctico, además de referir otras situaciones, expuso lo atinente a la compra controlada que tuvo lugar el 9 de octubre de 2016, la cual cuenta con registro filmico.

4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de San Gil llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, el 22 de agosto de 2018.

En dicha diligencia, tanto el juez de conocimiento como el agente del Ministerio Público exhortaron al Fiscal para que depurara los hechos del escrito de acusación, concretándolos en los jurídicamente relevantes. El delegado del ente acusador nuevamente refirió el origen de la investigación matriz, que involucró a 16 personas, entre ellas a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, la utilización de un agente encubierto y la compra controlada efectuada el 9 de octubre de 2016, a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ. Por este hecho, el Fiscal acusó a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Inicialmente dijo que le hacía tal señalamiento en calidad de autor, pero ante interrogante del juez de conocimiento, acerca de si estaba modificando el escrito de acusación, dudó y, en últimas, le dio la calificación de coautor.

5. La audiencia preparatoria se inició el 14 de mayo de 2018 y concluyó el 4 de junio de 2019.

6. El juicio oral se celebró durante los días 11 de marzo y 6 de julio de 2020; 12 de abril, 13 y 27 de septiembre, y 25 de noviembre de 2021.

Como pruebas de la Fiscalía se practicaron los testimonios de LIBARDO URIEL PLATA SALAS, Intendente de la Policía Nacional, que fungió como agente de control del agente encubierto; ELBER LAGUADO GAMBOA, investigador

de la SIJIN, que realizó la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H.) de la sustancia y su fijación fotográfica; GILBERTO DE JESÚS DÍAZ ORDÓÑEZ, químico del Instituto Nacional de Medicina Legal, que rindió informe pericial de análisis del estupefaciente; CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, quien desempeñó el rol de agente encubierto. Como prueba documental se presentó e incorporó el registro fílmico de la compra controlada ya mencionada, contenido en un disco compacto.

Por cuenta de la defensa solamente se recibió el testimonio del acusado.

7. Luego de dar a conocer el sentido del fallo y de surtir el traslado previsto por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de San Gil expidió, el 25 de noviembre de 2021, providencia en la que resolvió: (i) condenar a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, como autor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de ofrecer o suministrar, únicamente por la enajenación de 3.09 gramos de marihuana a ELIZABETH PLATA LOZANO, en el parque Santa Bárbara de Barichara, aclarando que no se probó la coautoría por la que se le acusó; (ii) exonerar al procesado de los demás hechos señalados, porque la Fiscalía no probó la existencia de una red de narcotráfico entre Barichara y Villanueva; (iii) imponerle las penas principales de 64 meses de prisión y 2 salarios mínimos legales

mensuales vigentes de multa, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la privativa de la libertad; y, (iv) negarle la suspensión condicional de la ejecución de la prisión, aunque le otorgó la prisión domiciliaria.

8. Interpuesta apelación por el defensor, el Tribunal Superior de San Gil, Sala de Decisión Penal, el 14 de enero de 2022, resolvió confirmar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

La declaración de CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, con la reproducción del video, dio cuenta de la actividad ilícita, siendo clara la materialidad del injusto.

Las manifestaciones de JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, quien se mostró ajeno a los hechos, no tienen fuerza probatoria. Su coartada, en el sentido que en esa fecha estaba en el parque vendiendo artesanías, “(...) *está completamente rebatida por el testimonio del agente encubierto (...)*”, que “(...) *es preciso y concluyente y como prueba directa merece plena credibilidad (...)*”.

9. El profesional del derecho que venía asistiendo al procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación. Luego, el sentenciado otorgó nuevo poder y su actual defensora se encargó de la presentación del libelo correspondiente.

DEMANDA

La casacionista señaló como finalidad del recurso “(...) *lograr el respeto de la garantía al debido proceso, vulnerado a mi defendido en cuanto se le impuso una condena por una forma de participación no alegada en la audiencia de formulación de acusación, que no tuvo oportunidad de controvertir, lo que atenta contra la regla de congruencia (...)*” y, aun en caso de no ser así, se fundamentó en una valoración probatoria realizada “(...) *con abierto desconocimiento de las reglas de apreciación*”. A continuación, formuló tres cargos, a saber:

Cargo primero: vulneración del derecho de defensa, por desconocimiento del principio de congruencia.

Con apoyo en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, dijo que el yerro consistió en que la condena contra su defendido se produjo como autor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, mientras que la acusación se formuló en calidad de coautor.

Para demostrar el error, insertó en la demanda un cuadro comparativo entre diferentes apartes de la acusación y de la sentencia del tribunal. Luego de ello, concluyó:

No habiéndose probado la teoría del caso de la Fiscalía, ni los hechos por ella descritos, en el sentido de no poder vincular a mi defendido a una organización criminal y su rol dentro de ella, para

que pueda considerarse como coautor, el juez no tenía otra salida que declarar su inocencia frente a los cargos formulados.

Cargo segundo: violación indirecta de la ley por error de derecho, consistente en falso juicio de convicción.

Sostuvo que los falladores basaron la decisión de condena “(...) *en una prueba documental que no se practicó en el juicio, sino que es de referencia introducida en el juicio asignándole un excesivo valor contrariando el artículo 381 del C. P. P.*”.

La censura la dirigió contra el video o registro filmico de la compra controlada, porque, en su criterio, “(...) *el agente encubierto (...) no estuvo presente el día de los hechos, ni al momento de la filmación*”. No obstante, en el siguiente párrafo anotó:

Se trata de una filmación sin audio y con una terrible resolución, del que no se infiere que efectivamente mi representado haya ofrecido sustancia alucinógena alguna, que tuvo que ser explicado por el testigo agente encubierto quien estuvo presente al momento de la filmación pero que por la distancia a la que se encontraba era muy difícil que percibiera todo lo que se manifiesta para que por sí sola tuviera la vocación de cimentar una sentencia condenatoria.

Cargo tercero (subsidiario del anterior): violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad.

Sostuvo que el Código de Procedimiento Penal le prohíbe al agente encubierto obrar como agente provocador y que en este caso dicho policial sembró la idea de la comisión del delito, por intermedio de ELIZABETH PLATA, vendedora de mangos.

Por lo expuesto, solicitó a la Corte **casar** la sentencia de segundo grado.

TRÁMITE EN LA CORTE

La demanda se admitió, mediante auto del 9 de mayo del año en curso, superando los defectos que presenta. En el proveído se ordenó proceder en la forma indicada por el Acuerdo 20 de 2020. Dentro del término de traslado previsto por el artículo 3°, se produjeron los siguientes pronunciamientos de las partes e intervinientes:

Del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal.

Solicitó a la Corte **no casar** la sentencia demandada.

Sobre el **cargo primero**, acotó que en el juicio oral no se debatió la pertenencia de JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ a una banda criminal, a pesar de haberse anotado así en la acusación. La controversia se centró en un

único evento, la compra controlada realizada en el parque de Barichara, y no se contempló la posibilidad de que el acusado estuviera incurso en el delito de concierto para delinquir.

Así las cosas, para dicho Delegado “(...) *el defensor tenía el conocimiento del hecho que se iba a discutir en el juicio oral, viéndose incluso, favorecido al no haberse debatido su participación en el grupo ilegal*”. Por tal motivo, sentó su postura, en el sentido que: “(...) *no se apoyará el presente cargo propuesto por el recurrente*”.

En cuanto al **cargo segundo**, expuso que “(...) *la sentencia condenatoria emitida por los jueces de instancia no se fundó en pruebas de referencia como aduce el recurrente (...)*”, pues, el contenido del registro filmico de la compra controlada fue confirmado por CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, el agente encubierto, quien “(...) *fungió como testigo directo (...)*” de los hechos.

También indicó que la única prueba de referencia fue la declaración del uniformado LIBARDO PLATA SALAS, pero esta sirvió como medio de corroboración del testimonio de CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ y del registro filmico, que constituyeron el fundamento principal de la condena. Por tanto, tampoco respaldó este cargo.

En último término, al referirse al **cargo tercero**, expuso:

(...) este Representante del Ministerio Público considera que, los lineamientos jurisprudenciales como legales fueron acogidos por los organismos de persecución para adelantar la respectiva investigación mediante la figura del agente encubierto; por un lado, su realización no se ejecutó de manera arbitraria (...).

Así mismo, se evidencia que el agente encubierto actuó bajo los parámetros legales, al aparentar ser un vendedor ambulante e intentar dar con la estructura criminal, haciendo necesario traficar o comercializar con ellos a través del procesado, donde no se avizoró que el agente instigara al acusado a cometer el delito endilgado en las sentencias de instancia, al evidenciar que la decisión de entregar el estupefaciente salió de la voluntad misma del procesado, sin que mediara un acto que lo obligara a dicho resultado.

Del Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

También deprecó **no casar** el fallo censurado.

Al examinar el **cargo primero**, señaló que “(...) los hechos que se concretaron en el acto complejo de la acusación (...) y que comprenden justamente (...) aquellos probados en juicio, y en los que se fundó la sentencia de primera y segunda instancia, son los mismos y no sufrieron variación alguna (...)”, siendo estos los acaecidos el 9 de octubre de 2016, a las 4:37 p.m.

Por otra parte, adujo que la condena como autor, confrontada con la acusación a título de coautor, no se erige en desconocimiento del principio de congruencia, pues, no agrava la situación jurídica del procesado.

Sobre el **cargo segundo**, dijo que las sentencias no se fundaron en prueba de referencia, porque los testigos declararon lo que percibieron de manera directa por medio de sus sentidos: LIBARDO URIEL PLATA SALAS se refirió a sus actividades como contacto del agente encubierto y CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, a los acontecimientos materia del proceso, que presenció.

Al **cargo tercero**, replicó que en este caso el agente encubierto “(...) *no actuó como un promotor o provocador del delito que se le atribuyó a título de autor en la sentencia a Juan Sebastián Plata Martínez, en tanto, de las manifestaciones del testigo que desempeñó tal rol, no se advirtió aseveración o argumento alguno que así lo indicara (...)*”.

De la defensora de JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ.

Se ratificó en los cargos y pretensión formulados.

CONSIDERACIONES

Recordando que la demanda se admitió superando sus defectos, los cargos se resolverán en el orden inverso al de su proposición y haciendo caso omiso de que el último de ellos fue formulado como subsidiario, teniendo en cuenta el

alcance que, en cada caso, tendrían las decisiones en el hipotético caso de encontrar fundadas las censuras. Si es la tercera, ello implicaría la exclusión de la prueba de cargo, con la absolución consiguiente; si es la segunda, la imposibilidad de condenar a cualquier título, por contarse solamente con prueba de referencia; y, por último, si es el primero, el ajuste del fallo al principio de congruencia.

1. Cargo tercero: violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad.

1.1. Del tema del agente provocador se han ocupado tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera. De ambas fuentes dan cuenta innumerables pronunciamientos del Tribunal Supremo de España, siendo suficiente citar, por todos, el que se inserta a continuación:

El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un

Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS núm. 1344/1994, de 21 de junio). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal- por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art.11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

Pero, no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y

anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

En la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que «otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para suco-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquirando o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "iter criminis" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase post consumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado».

En el caso sometido a nuestra revisión casacional, queda reflejado en autos que el día 3 de abril de 1996, una persona que se acoge a la Ley de Protección de Testigos, informa que un tal "Chato" (José María), de la localidad de Masalavés le había ofrecido un importante cantidad de cocaína. Tras ello, y con el fin de comprobar la información, el testigo mantiene una conversación telefónica grabada con tal sospechoso, confirmándose la información, razón por la cual se solicita la oportuna autorización al Fiscal Antidroga, que la concede con fecha 16 de abril de 1996, y ordena se lleven a cabo las diligencias de investigación convenientes, dentro de la legalidad y con especial precaución de evitar cualquier tipo de delito provocado, autorizando además al Grupo a actuar como agentes encubiertos y se infiltren en la organización dedicada al tráfico de drogas. A continuación, se comisiona a dos agentes para que simulen la compra, interviniéndose finalmente un kilogramo de cocaína.

No hay provocación delictiva alguna, sino que, una vez confirmada la realidad de la información, se solicita la oportuna autorización, que se obtiene, y se actúa en consecuencia. Fueron los procesados quienes deseaban vender la droga que poseían con finalidad ulterior de tráfico, por distintos canales, y la interceptación se reduce exclusivamente a continuar con las operaciones correspondientes para su comprobación.

*Por lo demás, el delito quedó consumado, pues hemos dicho reiteradamente que el delito contra la salud pública se consuma desde que el autor del hecho punible ha tenido la disponibilidad, aunque sea mediata, de la sustancia, ya que el favorecimiento del tráfico se produce y perfecciona desde el momento en que existe acuerdo para el envío, el transporte o la entrega (STS núm. 1393/2000, de 19 de septiembre). (...). **(Sentencia de casación 848 de 2003. Roj: STS 4107/2003).***

1.2. En Colombia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-243 del 28 de julio de 2021, al examinar la demanda presentada contra el inciso segundo del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, fundada en la existencia de una omisión legislativa relativa, debido a que la prohibición establecida respecto del agente encubierto, quien no puede sembrar la idea de la comisión del delito en el investigado, en en los casos previstos en la disposición demandada (entrega vigilada de armas, municiones, explosivos, moneda falsificada, drogas que produzcan dependencia) debía hacerse extensiva a otras situaciones, expuso que tal previsión no era necesaria porque “(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho, en varios pronunciamientos, que la incitación al delito por parte de agentes estatales infiltrados no es constitucionalmente admisible”. En tal sentido, la Corte Constitucional refirió lo siguiente:

32. Encuentra la Sala que la alegada omisión es inexistente, por cuanto la prohibición extrañada por el demandante en el texto de los artículos demandados existe desde el año 1994, cuando esta Corporación, a través de la Sentencia C-176 de 1994, señaló sin lugar a equívocos que, al emplear agentes infiltrados como técnica de investigación, no puede el Estado inducir a las personas a cometer conductas delictivas para las cuales ellas mismas no estaban dispuestas. En dicha oportunidad la Corte consideró que “la utilización de agentes provocadores deberá efectuarse de acuerdo a los principios jurídicos consagrados en la Constitución colombiana y respetando por ende las garantías procesales consagradas en ella. **Esto significa en particular que por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban dispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.**” (énfasis propio).¹

33. De igual forma, en la Sentencia C-962 de 2003, al estudiar la constitucionalidad de las normas internacionales en virtud de las cuales se adoptaron las técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, se sostuvo que en ningún caso esto “puede entenderse de manera tal que afecte las garantías procesales garantizadas por la Carta Política, o, dicho de otra manera en ningún caso puede vulnerarse ni el debido proceso, ni ningún otro de los derechos fundamentales”, y que, además, no puede desconocerse lo dispuesto en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad.

34. Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el actuar del agente encubierto tiene límites materiales. No puede trasgredir límites constitucionales como, por ejemplo, la garantía del derecho a la vida o las prohibiciones de la esclavitud, la tortura y la desaparición forzada; así como tampoco puede, en ninguna circunstancia, vulnerar el debido proceso, ni ningún otro derecho fundamental del investigado.

¹ Con la motivación anotada, la Corte Constitucional, en la sentencia C-176 de 1994, declaró la exequibilidad de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, con la acotación que las obligaciones internacionales derivadas, entre otros, del artículo 11, “(...) se contraen de manera condicionada al respeto de los principios constitucionales colombianos, (...), con las precisiones efectuadas por la Corte, que hacen compatible la Convención con el ordenamiento constitucional colombiano (...)”.

35. *Además, esos límites constitucionales han sido reconocidos por la Fiscalía General de la Nación, a través de las resoluciones N.º 3865 de 2006 y 6351 de 2008, en las que, “en aras de garantizar el cumplimiento material de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados o terceros”, precisó que en desarrollo de esa facultad investigativa otorgada en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, al emplearse agentes encubiertos, éstos tienen vedado provocar o inducir al investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, “a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto”. Prohibición que fue acogida y reiterada, en el Manual Único de Policía Judicial.*

36. *Todo lo anterior, pone en evidencia que la prohibición, si bien tiene una construcción jurisprudencial, existe y da plenas garantías a los investigados, pues la instigación a delinquir por parte de agentes estatales no es compatible con los principios que rigen un Estado Social y Democrático de derecho. Por lo tanto, en Colombia la provocación, como medio para lograr procesar a una persona que no había contemplado la idea del delito, no está permitida. Del texto de las normas que regulan la materia, así como de los diversos pronunciamientos de esta Corte y los reglamentos de la misma Fiscalía General de la Nación, se sigue, sin lugar a duda, que quienes actúan bajo operaciones encubiertas, lo hacen con el fin de comprobar la comisión del hecho punible, mas no de incitarlo, incluso, en los eventos distintos a las entregas vigiladas. Entenderlo de forma contraria, sería desconocer la Carta Política, así como lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*

Tal y como lo advirtieron el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación, en este asunto, no es que el legislador haya omitido incluir en las normas acusadas la prohibición de incitación al delito por parte de los agentes infiltrados, sino que, en la configuración y redacción de los artículos 241, 242 y 242A de la Ley 906 de 2004, no consideró necesario incluir una prohibición expresa de dicho actuar inconstitucional, en tanto la misma ya estaba dada por la jurisprudencia de esta Corte y el simple hecho de no reiterarla no la hace inexistente, ni mucho menos habilita la instigación a delinquir por parte de agentes estatales. (CC. C-243/2021. Se subraya).

1.3. Descendiendo al caso concreto, se tiene que LIBARDO URIEL PLATA SALAS, Intendente de la Policía

Nacional que actuó como agente de control del agente encubierto, describió la actuación de éste, es decir, de CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍNEZ, así:

Fiscal: *¿A quién le vendió JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ el estupefaciente?*

Testigo: *(...) a una ciudadana, la cual también se judicializó dentro del presente caso, la cual responde al nombre de ELIZABETH PLATA. Esta señorita le realizó la respectiva compra a ... al señor JUAN SEBASTIÁN PLATA y, a su vez, le hizo entrega de la dosis de estupefaciente al agente encubierto (...).*

(...)

Testigo: *(...) La compra controlada que tenemos y sobre la cual estamos debatiendo en este momento él la realiza, porque él es el que aporta el dinero, se lo aporta a la señorita ELIZABETH y ella es la que busca al ciudadano JUAN SEBASTIÁN PLATA y realiza la transacción. Una vez obtiene la sustancia estupefaciente regresa donde el agente encubierto ... regresa donde el agente encubierto y le entrega esta sustancia. (Juicio oral, sesión del 11 de marzo de 2020, récord (0:24:08 a 0:52:00).*

A su vez, CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍNEZ, agente encubierto, sobre el mismo particular dijo:

Fiscal: *¿Conoció a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ?*

Testigo: *Si señor.*

Fiscal: *¿Por qué motivo lo conoció?*

Testigo: *Bueno, a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ lo conozco, eh, dado que dentro de la actividad de agente encubierto que desarrollé en el municipio de Barichara y Villanueva, eh, con las mismas personas que expendían y con varios consumidores decían que él vendía. Durante, digamos, el trabajo que realicé, eh, por medio de una persona se logró hacer, digamos, que la transacción o la compra de la sustancia estupefaciente a este sujeto.*

Fiscal: *¿Por intermedio de quién? ¿De cuál persona?*

Testigo: *Eh, ... ELIZABETH ... PLATA, si más no recuerdo, doctor, creo que se llama.*

Fiscal: *¿Y cómo conoció usted a ELIZABETH PLATA?*

Testigo: *Bueno, ELIZABETH PLATA era una muchacha que trabajaba en el parque Santa Bárbara, eh, en un carrito, o bueno, una especie de una chacita en la cual vendía mango. A ella la conozco porque esta muchacha servía de intermediaria con*

muchos de los sujetos que vendían sustancia estupefaciente. Entonces, digamos que, por intermedio de ella, ella me presentaba a los expendedores o, digamos, ahí muchas veces los expendedores como que no, este es nuevo o este man quién es, entonces ella era la que me hacía, digamos, el intercambio de la plata y el dinero, yo le daba el dinero a ella y ella muchas veces iba y realizaba la compra.

Fiscal: *¿Usted realizó algún negocio de estupefacientes directamente con JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ?*

Testigo: *Directamente no, el negocio que se hizo fue por intermedio de esta chica, ... ELIZABETH PLATA, dado que, eh, JUAN SEBASTIÁN pues era una persona que cuando conocía a alguien, o sea, que alguien llegara de buenas a primeras a comprarle, él no le iba a vender, siempre era con personas conocidas.*

Fiscal: *Hábleme de ese negocio que hizo ELIZABETH con JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ.*

Testigo: *Bueno, eh, la compra que se le pudo realizar a JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ se realizó en el parque Santa Bárbara, yo me encontraba con ELIZABETH PLATA ese día, en horas de la tarde, a la cual yo a ELIZABETH le digo, o estábamos hablando, que si no sabía quién nos diera 'fuego'. 'Fuego' significa, o sea, que quién nos pondría vender sustancia estupefaciente. En ese momento, entonces, se encontraba, eh, JUAN SEBASTIÁN, eh, ahí también en el parque, entonces alias ELIZABETH lo que dice es espere le preguntamos al vaguito a ver si nos da fuego. Eh, ELIZABETH pues habla con él, yo le paso el dinero a ELIZABETH, entonces ELIZABETH va, ... bueno, alias hippie deja la sustancia estupefaciente al lado de un bolso que él tiene, obviamente con la mercancía que tiene ahí de pipas y demás como manillas, todo eso que ellos elaboran, deja la sustancia estupefaciente y él lo que hace es retirarse, ELIZABETH va hacia donde se encuentra la sustancia estupefaciente, la levanta y deja el dinero ahí en el piso. Y posteriormente, entonces, alias ELIZABETH viene hacia donde yo estoy y me entrega la sustancia estupefaciente. Y pues, este muchacho JUAN SEBASTIÁN lo que hace es que una vez hecha la transacción levanta sus cosas y emprende, o se cambia de sitio, se va de ahí del lugar.*

(...)

Fiscal: *Entonces, concretemos: ¿Quién compró esa sustancia?*

Testigo: *Eh, digamos, la sustancia la compro yo, pero, digamos, ya que yo soy quien da el dinero, pero, digamos, la intermediaria para poder realizar la compra fue ... es alias ELIZABETH, quien era o quien ya conocía de hace mucho tiempo a JUAN SEBASTIÁN. (...). (Juicio oral, sesión del 12 de abril de 2021, récord 0:37:29 a 1:41:55).*

1.4. Reconstruido así el acontecimiento, en términos coincidentes con lo que muestran las imágenes del registro filmico, la conclusión que emerge es que en este caso el policial CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ no actuó como agente provocador, es decir, no hizo nacer en JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ la idea de cometer la conducta punible, pues éste, antes de la intervención del agente encubierto, ya había transitado el *iter criminis* en sus fases de ideación, deliberación, resolución e, incluso, ejecución, porque lo cierto es que llevaba consigo la sustancia estupefaciente con la intención de comercializarla, como lo corroboraron los acontecimientos que sucedieron a continuación, y su sola mención, con la jerga propia de quien se mueve en el ambiente del micro tráfico (“¿tiene fuego?”), desencadenó, de manera que bien puede calificarse de automatizada, o constitutiva de hábito, la realización de las acciones de dejarla en el piso y luego recoger el precio de la misma, que le había sido pagado en similares condiciones.

En términos de las jurisprudencias citadas, es evidente que el servidor público no hizo nacer la idea criminal en quien “no estaba predispuesto” para ese efecto, sino que, cuando más, culminó en un estadio específico de adquisición la tarea permanente o habitual que desarrollaba el capturado, verificando así la labor que desde tiempo atrás había advertido en el sector y, particularmente, en el acusado.

Es por ello que, cabe agregar, la intervención legítima del agente estatal encubierto no puede examinarse de forma aislada, como si los hechos remitieran a un caso puntual, sino dentro de la órbita de su investigación, que culminó, en lo que a la labor de venta reiterada respecta, con esa última actuación, en la cual pudo documentar, con fines de judicialización, que efectivamente el investigado se dedicaba al comercio de estupefacientes.

Es decir, en este caso el agente encubierto no provocó la ejecución de una conducta punible, porque ésta previamente ya había sido, decidida, planeada y materializada con actos efectivos de ejecución, por JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ.

Lo mismo puede afirmarse del proceder del agente encubierto respecto de ELIZABETH PLATA LOZANO, porque ella no hizo más que desempeñar el rol que acostumbraba, de intermediaria para la negociación del estupefaciente, lo que permitió que, en este caso, el policial CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ acudiera a utilizar sus servicios, como ya lo había hecho en varias ocasiones con anterioridad, durante el desarrollo de la operación encubierta, iniciada tres meses atrás, según lo narró en su declaración, en aparte que fue transliterado en precedencia.

El cargo, por tanto, no prospera.

2. Cargo segundo: violación indirecta de la ley por error de derecho consistente en falso juicio de convicción.

El disco compacto presentado y reproducido en el juicio oral es una prueba de carácter documental, de acuerdo con lo previsto por el artículo 424-3 de la Ley 906 de 2004: *“Para efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: (...) 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. (...)”*. Contiene el registro filmico de los hechos, logrado en lugar y tiempo de su acaecimiento, es decir, de manera concomitante a estos.

Además, en los términos de los artículos 425 y 426 ibidem, es un documento auténtico, porque fue reconocido por el policial CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, quien señaló que estuvo presente en el lugar de los hechos y grabó su desarrollo con una micro cámara que llevaba en sus prendas de vestir. Es más, anotó que (y así se advierte en la filmación) su rostro aparece al final del video.

Por otra parte, luego de observar la reproducción del vídeo, JUAN SEBASTIÁN PLATA MARTÍNEZ, en su testimonio, al responder el contra interrogatorio de la Fiscalía reconoció que sí aparecía registrado en el mismo y acotó: *“Yo soy el de la maletica”*.

Aclaró, eso sí, que ELIZABETH nunca le solicitó marihuana, que identificaba el suceso en su memoria y que el mismo correspondía a un día en que ya había terminado la venta de artesanías y se quedó hablando con ELIZABETH, quien le pidió que le cambiara un billete y que le mostrara los aretes, motivo por el cual abrió el tablero y se los exhibió, pero ella no efectuó una compra.

La declaración de CRISTIAN ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ, que desvirtuó la alegación del acusado, no es una prueba de referencia porque, como él lo precisó: *“Yo estaba ahí, en el lugar (...) más o menos a una distancia de unos 5 a 6 metros”*. Por tanto, percibió directa y personalmente los hechos sobre los que rindió testimonio (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Es decir, no se limitó a transmitir la percepción de otra persona, de la que hubiera tenido conocimiento exclusivamente porque ésta se la relató.

En conclusión, la censura no acierta al sostener que el fallo demandado está fundado en prueba de referencia.

Y, aunque debe admitirse que la grabación sonora no es audible y que gráficamente el video no presenta la mejor resolución, lo cierto es que sí permite identificar la fisonomía de las personas que quedaron registradas en tal documento, como lo hizo el acusado consigo mismo, ajunto con las acciones que llevaron a cabo, información que se

complementa con la suministrada por el policial SÁNCHEZ RAMÍREZ, quien realizó la grabación.

Por otra parte, si bien es cierto, debido a la distancia prudencial a la que se encontraba SÁNCHEZ RAMÍREZ, lo más probable es que éste no pudiera captar lo que conversaron ELIZABETH y JUAN SEBASTIÁN, también lo es que su testimonio no se refirió a esos aspectos, sino a las acciones que desarrollaron y a la conversación que previamente sostuvo con ELIZABETH. Por tanto, ese argumento no debilita su valor suasorio.

Por lo demás, en conjunción lo consignado en el vídeo, con la atestación del agente encubierto, ambas en calidad de medios directos de conocimiento, no cabe ninguna duda de la actividad desarrollada por el acusado, desde luego, ajena a esa tarea de venta legal que entroniza en su manifestación.

En resumen, este cargo tampoco prospera.

3. Cargo primero: vulneración del derecho de defensa, por desconocimiento del principio de congruencia.

La jurisprudencia de la Sala ya tiene suficientemente esclarecido que:

(...) la modificación en la atribución inicial de responsabilidad de autoría a coautoría no constituye violación al mencionado principio porque es criterio uniforme de la Corte que las modificaciones en este sentido, en cuanto no comporten agravación punitiva, no generan inconsonancia si se respeta el marco fáctico de la actuación, según se coteja en este asunto, al haber previsto el legislador para estas y otras categorías una sanción idéntica (Cfr. CSJ AP 1487-2014, CSJ AP 2148-2014). (CSJ AP1573-2015, 25 mar., rad. 42941).

El cargo, entonces, no tiene vocación de prosperidad. Además, porque lo cierto es que la conducta punible por la que se emitió condena está fáctica y jurídicamente contenida en la acusación, que fue suficientemente conocida por el procesado y por su defensor, lo que les permitió desarrollar la estrategia defensiva de su elección. No existió, por ende, vulneración al derecho de defensa.

Como el centro de discusión de lo planteado en el cargo, se limitó a discutir el efecto de mutar la calidad de coautor a la de autor, sin mayores arandelas, la respuesta se ofrece así de escueta, sin que sean necesarias otras argumentaciones, en tanto, cabe aclarar, no se observa, una vez analizados los actos de imputación, acusación y fallo, que se materialice algún tipo de violación del debido proceso o derecho de defensa, producto de la exposición, por parte de la Fiscalía, de los hechos jurídicamente relevantes, o de su radicación en una adecuación típica concreta.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: NO CASAR la sentencia impugnada, dictada en segunda instancia, el 14 de enero de 2022, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala de Decisión Penal.

Segundo: INFORMAR que contra esta providencia no proceden recursos.

Tercero: DEVOLVER la actuación al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA




MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



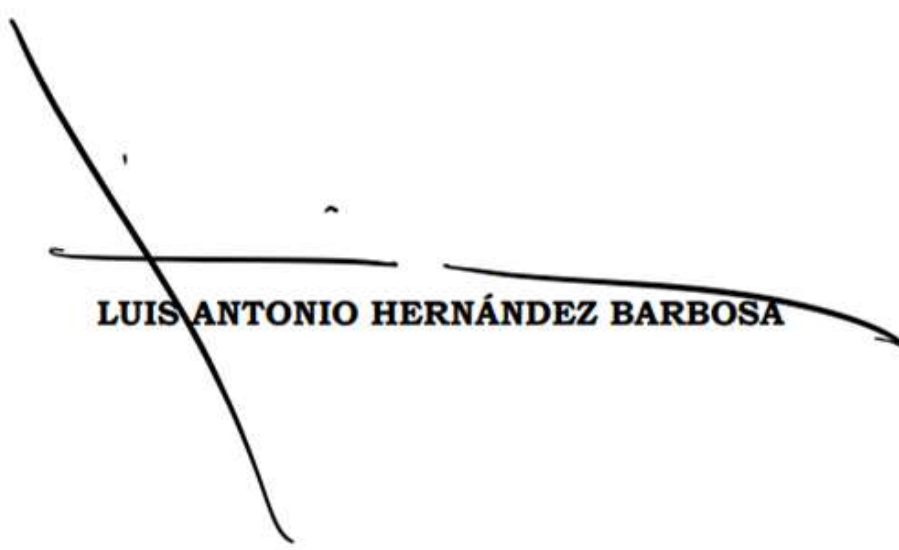
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria