

INDAGACION E INVESTIGACION - Caso en que las actuaciones no constituyen análisis e infiltración de organizaciones criminales, actuación de agentes encubiertos o entrega vigilada

Número de radicado	:	28888
Fecha	:	13/02/2008
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«En el caso bajo examen el defensor acierta en el motivo de casación que escogió para fundamentar el cargo. Sin embargo, la fundamentación lógica y los argumentos que expone en su sustento parten de una premisa aparente con la cual persigue que en sede casación se excluya una prueba que oportunamente fue ordenada en la audiencia preparatoria y legalmente recaudada en el juicio oral.

La afirmación que el *a quo* hizo en la sentencia de que AMF fungió como informante y que “camuflado” entre la banda delincuencia contribuyó en su desarticulación; es el acicate de la defensa para proponer la ilegalidad de tal testimonio porque la actuación del testigo, en su sentir, no se allanó a los presupuestos de validez que establecen los artículos 241, 242 y 243 de la ley 906 de 2004, que regulan lo concerniente al análisis e infiltración de organizaciones criminales, la actuación de agentes encubiertos y la entrega vigilada, respectivamente; actividades para las cuales se debe obtener previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías a solicitud del fiscal que dirige la investigación.

Lo que proyecta la defensa en relación con la actuación del señor MF no se acomoda a los presupuestos contemplados en las aludidas disposiciones. En efecto, el artículo 241, con el cual comienza la regulación del procedimiento para infiltrar organizaciones dedicadas al delito, preceptúa:

“... 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 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.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia”.

Su punto de partida es el supuesto de que en contra del indiciado o imputado se adelanta investigación y a pesar de ello continúa ejecutando actividades delictivas que demuestran que dirige o pertenece a una organización criminal y bajo tal probabilidad se establecen mecanismos de investigación orientados a la obtención de evidencia y elementos materiales probatorios y, como fin preponderante, lograr su desarticulación, con esa dirección el legislador previó en el artículo 242 de la misma codificación:

“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 investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, 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 este 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 y evidencia física hallados.”

Actividad en la que pueden actuar particulares, pero, en todo caso, se debe adelantar la revisión de la legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se deben aplicar, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En el caso bajo examen, analizadas las circunstancias en las que fueron desarrollados los hechos, la afirmación de que MF estaba “camuflado” dentro de la organización criminal de la cual formaban parte los acusados y que por lo mismo contribuyó a su desarticulación, es una apreciación incorrecta de lo sucedido. Veamos.

Es un hecho cierto que el señor MF, quince días antes, en hechos diferentes a los juzgados en este proceso, participó en actividades investigativas relacionadas, según dijo, con asuntos de narcotráfico y el hurto de un vehículo Toyota, en las cuales procedía como informante, pero que lo dieron a conocer en los círculos delincuenciales como empleado de un personaje – inexistente– dedicado a la adquisición de bienes ilícitos, motivo por el que

ENG le ofreció el camión despojado a EC, quien días después del suceso fue hallado muerto y en proceso de descomposición.

Consecuente con el conocimiento que MF tenía acerca de la procedencia de la máquina, pues, NG le manifestó que era hurtada, y la revelación que le hicieron de que segarían la vida del conductor, si no conseguían venderlo rápidamente, dio aviso a los funcionarios de la SIJIN, suministrándoles los datos que tenía bajo su poder.

Actuación respecto de la cual no se puede afirmar que operó como infiltrado en una organización delictiva dedicada a la comisión de diversos ilícitos, cuando lo que se desprende es que voluntariamente mantuvo en error a los acusados en lo tocante a su trabajo y continuó alimentándoles la idea, de que él tenía un “patrón” con capacidad económica, interesado en adquirir bienes ilegales.

Obsérvese que la captura de los acusados y la incautación del camión no tienen correlación alguna con la actividad que la defensa le asigna de agente encubierto, porque si así hubiese actuado, teniendo en cuenta los fines que con ese método de investigación se persiguen, se conocería la identidad de los demás integrantes de la empresa criminal cuya captura, bajo tal supuesto, habría sido inminente, pues téngase en cuenta que al momento de la aprehensión dos de los delincuentes alcanzaron a huir internándose en la zona boscosa.

En nuestro medio, los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.

Estas circunstancias no comparecen en el caso de MF, quien, por fuerza de los hechos, comunicó a los policiales judiciales de la SIJIN que conocía, lo que EN y sus secuaces iban a realizar con el conductor del camión que horas antes habían hurtado, por lo que no se puede afirmar que estaba realizando trabajo bajo cubierta, como de manera vehemente lo manifiesta el libelista.

Tampoco se trató de una entrega vigilada regulada en el artículo 243 de la ley 906 de 2004, la cual se restringe de manera exclusiva a los bienes utilizados para cometer la conducta punible o que provienen de su ejecución cuya finalidad es permitir que continúen su “tránsito normal” dentro del plan delictivo trazado por los delincuentes pero conociendo, por vigilancia especializada de la policía judicial, el lugar donde se encuentran, con el

propósito de conocer el andamiaje de la empresa criminal y, además, determinar quiénes pertenecen a la misma.

La disposición en cita expresamente señala que cuando el fiscal tuviere razonablemente motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley procesal, para creer que el indiciado o imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el *transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informando por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continúa*, 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.

Dicha técnica tiene su antecedente más próximo en la “*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada en la legislación interna mediante la ley 67 de 1993, cuyo artículo 11 dispone:

“...ENTREGA VIGILADA.

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.”

Y aunque la legislación interna no concreta dicho procedimiento de manera exclusiva a los casos de narcotráfico en cuanto contempla otras hipótesis delictivas, no queda duda que el mismo está orientado a determinar en forma encubierta quiénes participan en el delito, las modalidades del mismo, rutas utilizadas, contactos y los datos de todas las personas que participan en una agrupación ilícita, con la misión de individualizar a los integrantes que están en su cima y conseguir elementos probatorios que los incriminen, aspectos que no tienen relación con el supuesto de hecho que, en este caso, originó la intervención de la policía judicial.

La actuación de los funcionarios de la SIJIN que intervinieron en la captura de los acusados y la incautación del camión y demás elementos provenientes de la ejecución del hecho punible corresponde a una acción ejecutada con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 67 de la ley 906 de 2004 que a la sazón dispone: *“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”* y a las facultades conferidas a la Policía Judicial en el artículo 205 *ejusdem*, en cuyo ejercicio el Juez de Control de Garantías no encontró reparo alguno.

Por eso es por lo que el testimonio del señor MF en el juicio oral se concretó exclusivamente a los aspectos que fueron percibidos por él¹ en los cuales actuó de forma pasiva, de modo que su finalidad no era utilizarlo procesalmente para introducir evidencia o elementos materiales probatorios obtenidos en la captura de los imputados o para controvertir, con él, la legalidad de la actuación de la policía judicial.

Declaración que fue aducida en la forma prevista en el ordenamiento procesal que gobierna el sistema acusatorio, pues, oportunamente fue solicitado por la Fiscalía y su práctica decretada en la audiencia preparatoria y al recibirlo en el juicio oral se observaron las formalidades legales y se garantizó el ejercicio del derecho de contradicción permitiendo que la defensa de los acusados lo contrainterrogaran.

Finalmente, a pesar de que el libelista postula la ilegalidad de la declaración de MF, no manifiesta cómo al excluirla del arsenal probatorio recaudado durante el juicio oral, modifica o demuele las consideraciones expuestas por los sentenciadores en el fallo y, por ende, la decisión de condena, esto atendiendo a que en la fase procesal referida se practicaron ante el *a quo* múltiples pruebas que también constituyeron fundamento de la decisión impugnada.

En consecuencia, para la Sala no acude motivo que justifique su intervención para superar el error que por falso juicio de legalidad denuncia la defensa, en cuanto el cargo está fundamentado en un discurso sofisticado amparado en premisas de procedimiento que son ajenas a las hipótesis fáctica y jurídica del suceso, en cuyo desarrollo el libelista no hace más que oponer a lo razonado en las instancias, su propio punto de vista».

¹Brichetti, Ob. Cit, Pág. 7: *“Efectivamente, las personas que refieren un hecho ocurrido bajo su vista constituyen la guía más segura del juez, porque es muy difícil que los sentidos, si son íntegro, sufran ilusión al examinar los objetos sobre los cuales se contraen...”*

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988

Ley 67 de 1993, art. 11

Ley 906 de 2004, arts. 67, 205, 242 y 243