

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y PROCESALES DE LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

*Jorge Armando Otálora Gómez**

INTRODUCCIÓN

El narcotráfico entendido como la elaboración y comercialización de sustancias estupefacientes, además de los precursores, es una actividad delictiva transnacional que afecta las estructuras social, política, económica y jurídica de los países que se ven afectados por él.

En el ámbito social, tal afectación se ha reflejado en una clase emergente que obtiene enormes ganancias e invierte de una manera que trastorna la realidad económica. Y, por tratarse de una empresa criminal en la cual se precisa de aliados, ha contaminado las esferas de poder legislativa, ejecutiva y judicial. Es tal la amplitud del efecto adverso del fenómeno del narcotráfico que ha sido preciso crear legislaciones especiales para extirparlo y sancionar a todos aquellos a quienes alcanza su poder corruptor. En nuestro país, la política de erradicación de cultivos y comercialización de estupefacientes ha afectado el orden público interno.

En este estudio no abarcaremos las consecuencias sociales, políticas ni económicas del narcotráfico; nos referiremos a algunos aspectos dogmáticos y procesales de los delitos relacionados con el narcotráfico, que en nuestro criterio se encuentran regulados en el Código Penal colombiano en los artículos 375, 376, 377, 382 y 385, que en

* Vicefiscal General de la Nación, profesor de la Universidad Externado de Colombia.

su orden se refieren a: conservación o financiación de plantaciones; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; destinación ilícita de muebles o inmuebles; tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos; existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

I. EL BIEN JURÍDICO Y LOS DELITOS DE ACUMULACIÓN EN EL NARCOTRÁFICO

Como bien lo señala SCHÜNEMANN¹, la teoría del bien jurídico es irrenunciable en la época actual de la globalización, en la cual hay una *desnacionalización* de la economía y se procura un orden justo mundial. En el caso de las drogas, se han logrado unificar en casi todas las legislaciones del mundo las conductas delictivas sancionables, los medios de investigación a utilizar en este tipo de criminalidad y su castigo²; incluso, ha habido consenso en considerar que el bien jurídico protegido es la salud pública, como bien colectivo; pese a algunas posiciones disidentes al respecto, como la expuesta por HEFENDEHL, quien considera que la salud pública no es un bien colectivo, “sino la suma de bienes jurídicos individuales”³.

1 Cfr. BERND SCHÜNEMANN. “La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal”, *Memorias xxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 247.

2 Desde una perspectiva que no compartimos, SHÜNEMANN considera que “el derecho penal de las drogas ha sido globalizado casi completamente, sobre todo por la presión que Estados Unidos ha ejercido a través de convenciones internacionales”: *ibíd.*, p. 248. Considera que el derecho penal de las drogas es legítimo en un alcance reducido: “En efecto, en tanto que el establecimiento de una *soberanía estatal del tráfico de estupefacientes como bien jurídico intermedio* sería legítima para la protección de los jóvenes, de modo que, por un lado, desviándose del derecho actual debería dársele una posibilidad de adquirir *cannabis* en cantidades menores para el consumo personal a personas que actúan responsablemente y, por otro lado, podría seguir prohibiéndose con los medios del derecho penal un comercio que se realizara fuera de esa vía. Sin embargo, en todo caso, el análisis del bien jurídico recortará todo exceso en la interpretación del tipo penal, tal como éstos son practicados por la jurisprudencia, sobre todo en la interpretación del ‘tráfico’. Así, ésta declara suficiente para afirmar el delito consumado a toda actividad o esfuerzo que sea en interés propio y esté dirigida o dirigido a generar o fomentar la ganancia con los estupefacientes, aun cuando se trate sólo de una actividad única o sólo de intermediación”: *ibíd.*, pp. 263 y 264. Como se verá adelante, consideramos que debe sancionarse aun la tenencia de droga en cantidad equivalente a la dosis personal, sea o no para consumo propio, desde la perspectiva de los “delitos de acumulación”, que en suma, afectan el bien jurídico colectivo de la salud pública que es, en forma preferente, el objeto de protección.

3 Cfr. ROLAND HEFENDEHL. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. xxv, n.º 76, julio/diciembre de 2004, pp. 74 y 75. Considera este autor que “este descubrimiento tiene efectos decisivos, puesto que sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. La decisión de una persona de llevar una vida ‘insana’ no justifica la intervención del derecho penal; el pensamiento paternalista debe permanecer ajeno a las reflexiones en torno a los bienes jurídicos”. No compartimos esta postura, por cuanto al sumar “las decisiones individuales de llevar vidas insanas” se afecta el bien colectivo de la salud pública y sobre todo la perspectiva que podrían tener las futuras generaciones de contar con ella; esto sin considerar que con la demanda de estupefacientes y el interés de las empresas criminales en aumentar su consumo, se crea una sub-economía y una mafia en rededor que afecta otros bienes jurídicos colectivos,

Es verdad que el consumo de drogas ilegales afecta la salud individual, pero su fabricación, distribución y tráfico ponen en peligro la salud pública, bien jurídico prevalente que es protegido con las normas penales que sancionan el narcotráfico. No obstante lo expuesto, ha sido reconocido por la doctrina que el narcotráfico además pone en peligro otros bienes jurídicos como el orden económico y social, el patrimonio económico, la vida y la integridad personal; por ello han sido catalogados los delitos relacionados con el narcotráfico como pluriofensivos⁴. Y es que, como lo destaca BUSTOS RAMÍREZ, junto a la droga surgen una serie de comportamientos conexos frente a los cuales un Estado social y democrático no puede permanecer inactivo; el problema de la droga no radica esencialmente en su fabricación, distribución o tráfico, “sino en el hecho de existir una red organizada destinada a *imponer*, por cualquier medio, su consumo, especialmente entre menores”⁵.

Contrario a lo expuesto por HEFENDEHL, en nuestro concepto la salud pública sí es un bien jurídico colectivo, pues reúne todas las características que él mismo expone para considerarlo como tal:

1. Sirve a los intereses de muchas personas⁶.
2. Puede ser disfrutado por cada uno de los miembros de la sociedad y se beneficia de él cada ciudadano en igual medida⁷.
3. Permite la participación de los individuos en el sistema social⁸, garantizando que estos puedan interactuar sin que haya obstáculos que les impidan o trastornen su desarrollo psicofísico.
4. La “cumulación”⁹ de acciones individuales en el tráfico y el consumo de estupefacientes puede generar un perjuicio grave en la salud pública, sobre todo, pone en peligro la de las futuras generaciones.

Los delitos de narcotráfico, por lo general, son tipos de peligro; se consuman aun cuando la cantidad de droga que sea objeto de tráfico y distribución sea inferior a la

como el orden económico y social, la administración pública, los recursos naturales y el medio ambiente, entre otros.

4 Cfr. DIEGO CORREDOR BELTRÁN. “De los delitos contra la salud pública”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 202. Considera este autor que en las conductas relacionadas con estupefacientes se vulneran la economía nacional, el orden público, el patrimonio económico, la vida e integridad personal, y la seguridad estatal.

5 Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 234.

6 *Ibíd.*, p. 69.

7 *Ibíd.*, p. 70.

8 *Ibíd.*, p. 74.

9 *Ibíd.*, p. 76. En este punto, el autor parece hacer referencia a lo que doctrinalmente se conoce como los “delitos de acumulación”, a los cuales nos referiremos más adelante.

dosis personal. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 2005, rad. 18.600, M. P.: HERMAN GALÁN CASTELLANOS; dijo la alta corporación, en esta oportunidad, que quien expende estupefacientes, en cantidad inferior a la dosis personal, pone en peligro o altera el derecho del ser humano a una salud integral cuando la consume, de manera que en estos eventos no hay delitos bagatela o insignificantes.

El punto central a analizar en la tenencia de sustancias psicotrópicas en cantidad equivalente a la dosis personal o un poco superior a ella, no es la escasa puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la conducta individual, sino la exposición en que se encuentra el bien jurídico colectivo de resultar afectado, como quiera que estos son “delitos de acumulación”¹⁰ que ponen en peligro concreto el bien jurídico de la salud pública. Además de lo anterior, en aras de la protección del bien jurídico, es funcionalmente necesario sancionar la tenencia de sustancias narcóticas o estupefacientes en cantidad equivalente a la dosis personal, o aun en cantidades inferiores si la tenencia está destinada a la venta o distribución a cualquier título.

II. EL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN Y LAS ESTRUCTURAS JERÁQUICAS DE AUTORÍA EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

Podría decirse que frente a los delitos de conservación y financiación de plantaciones (art. 375 C. P.); tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C. P.); destinación ilícita de muebles o inmuebles (art. 377 C. P.); tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382 C. P.); y el de existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje (art. 385 C. P.), que son cometidos por organizaciones criminales, la responsabilidad de quienes incurren en ellos, por lo general, será a título de autores y, por excepción, podrá atribuirse responsabilidad como partícipes.

El tráfico de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores es una empresa que tiene directivos y ejecutores en pos de un objetivo, cual es aumentar el número de consumidores para incrementar la demanda y, en consecuencia, sus ingresos. Dentro de una estructura criminal tal, no es proporcional ni adecuado sancionar a los hombres que dirigen la empresa criminal como determinadores de quienes se encargan de

10 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, Madrid, 1999, p. 108: refiere que los delitos de acumulación explican la lesividad de determinados comportamientos si todo el mundo los llevara a cabo. Este autor reconoce que a esta figura se le critica la vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Citado por RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS. “Lavado de activos y negocios standard”, *Memorias XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 305, nota 39.

cultivarla, almacenarla, adquirir los insumos para procesarla, elaborarla, transportarla, ofrecerla, venderla, comprarla y consumirla; tampoco de quienes construyen, facilitan o custodian los inmuebles en los cuales se ejecutan las diversas actividades relacionadas. Si bien es cierto en muchos casos se les atribuirá responsabilidad como autores, por ejecutar una o varias de estas conductas que están descritas como verbos rectores de los tipos respectivos, hay casos en que la atribución de responsabilidad no es tan clara.

En las organizaciones o empresas criminales del narcotráfico, como se predica de otras estructuras criminales, para los hombres que la dirigen es aplicable la teoría del dominio por organización concebida por ROXIN¹¹. De acuerdo con esta teoría no solo es considerado autor quien en forma directa realiza el tipo, sino que es posible considerar coetáneamente la existencia de un autor mediato. En estos eventos la autoría mediata se basa en la fungibilidad del ejecutor material, quien actúa condicionado por el aparato organizado, de tal manera que si él no realiza lo que le corresponde, habrá otro que sí lo haga. El autor material es, entonces, una pieza intercambiable en el mecanismo criminal; no importa que éste actúe con conciencia y libertad, pues esto no incide en la responsabilidad de los hombres de atrás.

11 Citado por ROLAND HEFENDEHL. “El dominio del hecho en las empresas”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. xxv, n.º 75, enero/junio de 2004, pp. 45 y ss. También KAI AMBOS y CRISTOPH GRAMMER. “Dominio del hecho por organización”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. xxvi, n.º 77, enero/abril de 2005, pp. 106 y 107. Refiere el primer autor citado lo siguiente: “ROXIN, ha designado tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede dominarse, sin tener que ejecutarse de propia mano. Es posible coaccionar al ejecutor, es posible engañarlo o es posible dar la orden mediante un aparato de poder, que asegura la ejecución de las órdenes incluso sin coacción o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. Esto es posible, porque el aparato tiene a su disposición suficientes miembros adicionales que pueden asumir la función de un individuo en caso de que este falle. Todo esto supone la existencia de estructuras jerárquicas de poder en las cuales quien da las órdenes, puede reemplazar a quien las recibe sin dificultades y de manera intercambiable para la comisión de hechos punibles” (p. 45). “Fungibilidad significa en un primer paso sólo que se tiene a disposición una reserva de hombres idóneos e intercambiables como ejecutores. Esta fungibilidad es entonces una condición necesaria para que exista una autoría mediata por medio del dominio por organización” (p. 47). Existen además *mecanismos de neutralización* que explican la razón por la cual “la rueda fungible en el engranaje completo entra efectivamente en acción”; uno de tales mecanismos, según CLINARD Y QUINNEY, es que “el individuo se deja influir por las reglas de comportamiento dentro de una empresa. Estas reglas pueden hacer perder su validez a las reglas jurídicas”. Aunque los modos de comportamiento internos al grupo pueden no haberse interiorizado, el particular puede dejarse influir por el colectivo en cuanto a que ciertas exigencias de adaptación o ciertas solidaridades deben seguirse (pp. 51 y 52). Otro mecanismo de neutralización es “el distanciamiento con el bien jurídico y con la víctima”; de esta manera los riesgos no pueden ser percibidos por el individuo, quien “permanece inerte desde el punto de vista cognitivo y débil en el afectivo”. Este distanciamiento es reforzado en las empresas con división de funciones, en las cuales las informaciones que son canalizadas “desde el empleado hasta el directivo deberían componer pequeñas piezas de un mosaico de conductas, para lo cual se requeriría, a su vez, de una conexión en red de informaciones previamente divididas meticulosamente [...] A esto ha de agregarse como mecanismo de neutralización la negación de la responsabilidad individual mediante la inserción en el colectivo. El individuo se autopercebe como una rueda funcional intercambiable en un engranaje, en el cual es absolutamente irrelevante la manera en que él se decida” (p. 53).

Hay entonces en estas empresas criminales un *principio de imputación del hecho total*, de conformidad con el cual hay un dominio organizativo en escalones en donde existen autores por mando, autores por organización y autores ejecutivos¹². Esta concepción permitirá resolver los problemas que se presentan para diferenciar la atribución de responsabilidad que le corresponde a los diferentes participantes de la empresa criminal.

III. EL CONCIERTO PARA DELINQUIR EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

Como bien lo anota el profesor REYES CUARTAS, “el dominio por organización en estructuras de poder organizado no se asimila, en la teoría original de ROXIN, al caso del concierto para delinquir en el cual el sí y el cómo del hecho se fundan en relaciones individuales de quienes son actores del hecho, entre sí”¹³.

En efecto, la teoría del *dominio por organización* no es aplicable a las bandas de delincuentes, sino a aquellas empresas criminales integradas por un amplio número de integrantes que permite la fungibilidad de los ejecutores y que están jerárquicamente organizadas.

En principio, atribuir el dominio por organización y el concierto para delinquir a los responsables de los delitos de narcotráfico parecería incompatible, pues estaría desconociéndose el principio *non bis in idem*, reconocido en el artículo 29 de la Carta. La razón que podría sostenerse para esta premisa es que se imputa el formar parte de una agrupación criminal por doble partida: una como autor en los delitos de narcotráfico, de acuerdo con la jerarquía que ocupe en la organización dedicada a tales actividades; la otra, como autor por concertarse para cometer delitos de narcotráfico, que en todo caso requieren de una estructura organizativa plural. Pese a

12 “Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total* (*Zurechnungsprinzip Gesamttat*): la organización criminal como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. Aquí puede hablarse de un *dominio organizativo en escalones*, de donde dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización. La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por mando* (*Führungstäter*) pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto puede designárselos como *autores por organización* (*Organisationstäter*); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos* (*Ausführungstäter*) que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal global”: cfr. AMBOS y GRAMMER. “Dominio del hecho por organización”, cit., p. 110.

13 Cfr. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, n.º 75, enero/junio de 2004, pp. 140 y 141.

ello, en nuestra legislación no es deleznable imputar el concurso de delitos, pues la responsabilidad en cada una de tales conductas puede individualizarse: los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes (arts. 375 y ss. C. P.) amparan un bien jurídico diverso al del concierto para el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (inc. 2.º art. 340 C. P.); además, la descripción típica de las conductas es diferente.

El concierto para delinquir implica la celebración de un convenio o pacto para cometer un número indeterminado de delitos de narcotráfico; incluso, cada vez que se conciertan las voluntades para realizar exportaciones de droga por una nueva ruta; o utilizando métodos nuevos; o incorporando nuevos socios, se incurre en esta conducta. La sola existencia de la organización delictiva es una conducta que constituye delito, al tenor del artículo 340 del Código Penal; pues la existencia de estos grupos perturba la tranquilidad y la seguridad pública; por ello se incurre en el delito mientras la empresa criminal exista, es de ejecución permanente.

No es incompatible la autoría en el concierto para delinquir en los delitos de tráfico de estupefacientes (inc. 2.º art. 340 C. P.), como por ejemplo, la conducta de transportar estupefacientes (art. 376 C. P.), en la cual se imputaría autoría a quien ejecuta esta conducta, a quien dispone los medios para realizar tal transporte, y a quien imparte órdenes para realizar esta actividad. En este caso quien manda, quien organiza y quien ejecuta la conducta delictiva de tráfico de estupefacientes responden como autores del delito descrito en el artículo 376 del Código Penal, en concreto, y si a la vez conforman una organización criminal para realizar actividades de transporte de estupefacientes sin determinar la fecha, medios a utilizar, vías y destino, sino que son indeterminadas, responderán también por el delito de concierto para delinquir en la modalidad descrita por el inciso 2.º del artículo 340 del Código Penal.

Para avalar la postura expuesta, es pertinente citar el pronunciamiento que hizo la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, que penalizaba el concierto para cometer delitos de narcotráfico:

Según el demandante la figura especial consagrada en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, el concierto para delinquir en el caso de los delitos a los que se refiere el Estatuto Nacional de Estupefacientes, origina la violación del principio de *non bis in idem* consignado en nuestro ordenamiento superior en el artículo 29, pues una misma conducta criminal se subsume y se juzga a la luz de dos tipos penales diferentes, uno de ellos el consagrado en la norma acusada, lo que implica adelantar doble causa criminal por un mismo hecho punible e imponer dos sanciones por la misma conducta, violando así flagrantemente los principios rectores del derecho penal.

[...] Alega el actor, que en el caso *sub examine* los delitos consagrados en el capítulo quinto del Estatuto Nacional de Estupefacientes no pueden ser cometidos por un solo individuo, que ellos siempre requieren de un sujeto activo plural, por lo que la unión de voluntades de los infractores para consumarlos es un acto ineludible, que no se puede juzgar aisladamente como lo requiere el delito del concierto para delinquir, luego, concluye, no se configuran dos tipos penales independientes como se desprende de la norma impugnada.

Tal planteamiento es equivocado, primero porque no es cierto que los delitos consagrados en el capítulo quinto del Estatuto Nacional de Estupefacientes requieran, necesariamente para realizarse, de un sujeto activo plural, así por ejemplo el cultivo de las plantas a las que se refiere el artículo 32 de dicho estatuto, o la financiación de los mismos, bien puede ser una actividad que asuma una persona singular; igual ocurre con quien introduzca, saque del país, almacene, conserve o venda cualquier droga que produzca dependencia, conductas tipificadas como delitos en el artículo 33 del citado estatuto; cosa distinta es que la comisión de dichos delitos cada vez esté más controlada por complejas organizaciones que operan sofisticados esquemas de división del trabajo, logrando hacer de sus actividades ilícitas grandes “empresas” del delito, que surgen, precisamente, de la intención clara e inequívoca de varios sujetos de violar la ley, intención que constituye el fundamento principal del tipo penal que cuestiona el actor.

Así por ejemplo, el que suministre, administre o facilite a un menor de diez y seis años droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, estará incurso en el tipo penal consagrado en el artículo 37 de la Ley 30 de 1986 y será objeto de la pena que en él se prevé para dicha conducta; pero si además no actúa solo sino que hace parte de una organización dedicada a la comisión de delitos relacionados con la producción, distribución y tráfico de estupefacientes, en la cual él está encargado de propiciar el consumo entre menores para ampliar sus mercados, incurrirá también en la conducta tipificada como delito en el artículo 44 de la misma ley; nótese que son dos hechos punibles diferenciables, que se pueden configurar independientemente, cada uno de los cuales corresponde a un delito diferente, esto es dos tipos penales autónomos, aunque el acto material sea uno solo: suministrar esas sustancias a un menor de edad.

[...] en el caso del cultivo de estupefacientes, conducta tipificada como delito en el artículo 32 de la Ley 30 de 1986, si ésta es ejecutada por individuos que concertaron entre sí asociarse para conformar una organización delictiva cuyo objetivo es dedicarse a la actividad criminal, a esos sujetos es factible imputarles dos conductas punibles diferentes e independientes: la primera el ánimo o disposición que los llevó a unir su voluntad con la de otros con el fin de organizar una “empresa” cuyo cometido es transgredir la ley, concertar para delinquir,

tipificada como delito contra la seguridad pública en el artículo 44 de la citada Ley 30 de 1986; y la segunda el cultivo, sin permiso de autoridad competente, de cualquiera de las plantas a las que se refiere la norma, tipificado como delito contra la salud pública en el artículo 32 del mismo estatuto. Es claro que no se trata de un hecho punible doblemente juzgado y sancionado, son dos conductas diferentes, ambas contrarias a la ley, que corresponden a dos tipos penales distintos, cada uno de los cuales prescribe una sanción específica; tanto es así que bien puede darse la primera sin la segunda o viceversa.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, se ha pronunciado en los siguientes términos:

De modo que basta la concertación de voluntades de dos o más personas para cometer delitos, pues, “por ese solo hecho”, incurrir en el delito de concierto para delinquir, sin que sea necesario avanzar hasta las bases, la jerarquización, los métodos y códigos preestablecidos y el poderío criminal de una organización delictiva como los denominados carteles de la droga, aunque la existencia de esta reconocida clase de sociedades delictivas con mayor razón dan lugar al hecho punible en cuestión.

Resulta suficiente que haya un acuerdo de voluntades para cometer delitos de manera indeterminada, porque no existe la figura autónoma cuando el plan se refiere a un delito concreto o a un número determinado de delitos que tienen anticipadamente definidos los lugares, el tiempo, las modalidades y las víctimas, pues en tal caso se hablaría de concurso de personas y de hechos punibles. Es la indeterminación lo que hace sentir amenazada, en incertidumbre o intranquila toda la comunidad o un grupo significativo de ella, como el ingrediente que pone a trascender la conducta a la seguridad pública, otro bien jurídico e independientemente protegido por la ley.

Mas, esa zozobra e intranquilidad no se sienten sólo cuando actúan grupos delictivos de reconocida catadura, por sus obras espectaculares o su trayectoria, sino que el peligro se ciernen desde la misma fecha y hora de la aproximación colectiva de voluntades para cometer delitos, pues este ingrediente subjetivo es el que da la idea de cierta estabilidad y no de un mero pacto transitorio para cometer uno o varios delitos.

De modo que, a la luz de la estructura típica del concierto para delinquir y del bien jurídico protegido, no es necesario detectar los componentes y la dinámica propia de una verdadera organización criminal, sino que es suficiente el consentimiento recíproco respecto de la comisión indeterminada de delitos.

Por ello, fáctica y jurídicamente es posible la comisión del delito de concierto para delinquir cada vez que, a pesar de que los sujetos se hallan inmersos

dentro de la actividad global del narcotráfico, planean realizar un número indeterminado de exportaciones de droga (que lo es de delitos de tráfico de estupefacientes) por una nueva ruta o con la incorporación de nuevos socios en el negocio ilícito, porque subjetiva y objetivamente se satisface la estructura típica del artículo 186 del Código Penal, en la medida en que varias personas se han concertado y lo han hecho en torno a un número plural e indeterminado de conductas delictivas. No se trata simplemente de acordar un nuevo y concreto acto de narcotráfico, sino de proyectar un número indefinido de ellos en nuevas y diferentes condiciones. De igual manera, así esté descartada de antemano la presencia del nuevo socio en otras rutas dominadas por la organización, lo cierto es que ha prestado su voluntad para explotar indefinidamente el negocio ilícito en uno de sus frentes y no meramente para una o varias operaciones determinadas¹⁴.

IV. LA PRUEBA DE MATERIALIDAD EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

Debe partirse de la premisa que en el procedimiento penal colombiano rige el principio de libertad de prueba, de conformidad con el cual los hechos o elementos constitutivos de la conducta punible, así como la responsabilidad del imputado o cualquier otra circunstancia de interés para el caso, podrán ser llevados al proceso con cualquier medio de conocimiento (arts. 237 CPP de 2000 y 373 CPP de 2004).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 1996, rad. 9582, sostuvo que la incautación de sustancias estupefacientes no era un acto necesario ni preclusivo que condicionara la iniciación de cualquier proceso, ni la práctica y validez de sus actos. Concluyó esta corporación que la falta de diligencia de reconocimiento, pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias estupefacientes no obstruía la apertura de la instrucción ni la represión de la conducta. En su criterio, el delito pudo haberse agotado con la comercialización y el consumo del alucinógeno; o bien haberse destruido las sustancias ilegales por los tenedores; o bien, la conducta relacionada con los estupefacientes pudo haberse cometido en el exterior. En ninguno de los eventos acabados de mencionar podía sostenerse, válidamente, que era improcedente iniciar una investigación por ausencia de prueba técnica, pues en estos casos opera la libertad de prueba.

En sentencia del 5 de mayo de 1994, rad. 8.361, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ya había dicho que la pericia del Instituto de Medicina Legal sobre la naturaleza de la sustancia y su pureza era pieza de notoria conveniencia; era la prueba

14 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de enero de 2001, rad. 14.190, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

por excelencia para ciertos aspectos técnicos del comportamiento; pero no era el único medio que existía para comprobar la materialidad del ilícito. Esta pericia era demostración preferente pero no única.

Basta por examinar si el criterio jurisprudencial expuesto es aplicable en el sistema acusatorio.

Analizada la jurisprudencia más reciente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra en ella que, a pesar de reconocer que en la Ley 906 de 2004 fue adoptado el método técnico científico en la producción probatoria y en la apreciación de los medios de conocimiento, las inferencias indiciarias son aplicables, porque el sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica.

En efecto, en sentencia de casación 24.468 del 30 de marzo de 2006, M. P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que si bien el indicio no aparecía en la lista de los medios de conocimiento, ello no significaba que las inferencias lógico jurídicas, a través de operaciones indiciarias, hayan quedado proscritas. El método técnico científico, en cuanto a la producción probatoria, tiende a que la reconstrucción de la verdad histórica sea lo menos subjetiva posible; por ello deben acatarse unas reglas en la producción de los medios de conocimiento. Por su parte, el método técnico científico en la apreciación de los medios de prueba, pretende que sea eliminado el empirismo y la subjetividad del juez, por ello éste debe examinar no solo las condiciones del sujeto que percibe; sino también las del objeto percibido y la forma como se transmite lo que se ha percibido.

El juez en el sistema acusatorio, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas; entonces, elabora juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En este ejercicio, el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni de las reglas de las ciencias. Las inferencias que hace el juez son las que le permiten adoptar un fallo, pues aprecia en conjunto los elementos materiales probatorios y la evidencia física que se le presentan durante el juicio oral, tal como lo expresa el artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

Puede concluirse de lo expuesto que en el proceso penal que se adelante en vigencia de la Ley 600 de 2000, o en aquel se regule por la Ley 906 de 2004, no se exige llevar al juez prueba material de los estupefacientes, de las sustancias psicotrópicas, ni de los precursores; si no ha sido posible obtenerla, como quiera que al existir libertad probatoria podrá conducirse al juez al convencimiento de la existencia de aquellas, valiéndose de otros medios de conocimiento, a los cuales debe aplicarse el método técnico científico en su producción y apreciación.

No significa lo anterior que haya de renunciarse a la incautación de sustancias y a la prueba técnica sobre las mismas, pues esta es la mejor evidencia para demostrar la materialidad del hecho, pero no es la única.

V. ALGUNAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO

A. Entrega vigilada y agentes encubiertos

Es preciso mencionar que la entrega vigilada es una técnica de investigación aceptada en la Convención de Viena de 1988 sobre narcotráfico, aprobada por Colombia con la Ley 67 de 1993. El artículo 11, al respecto, expresa lo siguiente:

Artículo 11. *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.º del artículo 3.º 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 psicotrópicas que contengan.

Los artículos 499 y 500 de la Ley 600 de 2000 admitieron las entregas vigiladas, controladas y los agentes encubiertos, en el marco de la cooperación internacional.

En el artículo 243 de la Ley 906 de 2004, fue regulada esta técnica de investigación tanto para los delitos cometidos en el territorio nacional como para aquellas operaciones cuyo origen éste en el exterior y que se deriven de la cooperación judicial internacional. No requiere autorización judicial previa para su realización; puede ser ordenada por el fiscal, previa autorización del director nacional o seccional de fiscalías, cuando tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos, para creer que el indiciado o imputado dirige o de cualquier forma interviene en el transporte de drogas que producen dependencia. También puede el fiscal emitir la orden cuando sea informado por un agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, relacionada con el tráfico de estupefacientes.

Consiste esta técnica de investigación en dejar que los estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores sean transportados en el territorio nacional o salgan de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial.

Los agentes de policía judicial e incluso los particulares, al tenor del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, pueden actuar como agentes encubiertos, con lo cual están facultados para realizar actividades que en otro contexto serían constitutivas de delito, esto es: entregar por sí o por interpuesta persona las sustancias ilícitas; o bien, facilitar la entrega de ellas a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado. En el Código de Procedimiento Penal colombiano está prohibido, al agente encubierto, sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado; es decir, no puede fungir como agente provocador.

Durante el procedimiento de entrega vigilada pueden ser utilizados los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado en la conducta ilícita. Con lo cual, la entrega vigilada lleva implícita la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, el análisis e infiltración de la organización criminal y la actuación de agentes encubiertos, sin que sea necesario apreciar cada una de estas actuaciones en forma independiente, para llevarlas a control de legalidad ante el juez de garantías. Concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma, los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos, deberán ser objeto de control de legalidad formal o material por parte del juez de garantías, dentro de las 36 horas siguientes.

Aspectos que han inquietado en la aplicación del derecho sustantivo son, de una parte, el relativo a la responsabilidad penal que tendrían los agentes encubiertos por realizar actividades que, en principio, serían objetivamente típicas y, de otra, la incidencia que tendría este actuar frente a los indiciados o imputados y el grado de perfeccionamiento de la conducta ilícita.

En relación con el primero debe decirse que, en principio, el actuar del agente encubierto no es subjetivamente típico, pues no actúa con dolo, y además no es antijurídico, pues la misma normatividad procesal penal lo faculta para realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica, siempre que medie la orden de un fiscal. Entonces, el actuar del agente encubierto estaría enmarcado dentro de la causal excluyente de responsabilidad prevista en el numeral 4 artículo 32 del Código Penal: “Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”. Para que proceda esta eximente se precisa de los siguientes requisitos¹⁵:

a. *La existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico.* De conformidad con el inciso 2.º artículo 200 de la Ley 906 de 2004, al

15 Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 351 a 355.

fiscal director de la investigación le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial; con lo cual la ley establece una relación jerárquica entre el fiscal y la policía judicial. Ahora bien, esta subordinación también se puede presentar frente al particular, cuando “en razón de circunstancias expresadas en la ley, se encuentre obligado a obedecer las órdenes de la autoridad”¹⁶, como sucede en el artículo 242 CPP de 2004, que permite a la fiscalía facultar como agente encubierto al particular que 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 y evidencia física.

b. *Debe existir una orden.* Prevé el parágrafo del artículo 161 CPP de 2004 que las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes, las cuales deben reunir los requisitos previstos en el artículo 162. De la lectura de esta norma, además de los artículos 242 y 243, se desprende que los requisitos de la orden son los siguientes: mención de la autoridad que la profiere; lugar, día y hora; identificación del número de radicación de la actuación; fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos fundados y los medios cognoscitivos; designación e identificación de quienes actuarán como agentes encubiertos; duración de la orden; actos para los cuales están facultados los agentes encubiertos, y el alcance de la misma.

c. *La orden debe ser legítima.* Este requisito, que consiste en que la orden tenga un contenido lícito y no implique la realización de un hecho punible, debe ser interpretado de una manera especial en el caso de las entregas vigiladas y la actuación de los agentes encubiertos, quienes están facultados por los artículos 242 y 243 CPP para: adelantar transacciones con el indiciado o imputado; participar en reuniones con él y entregar o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado, es decir que la orden puede implicar la realización de conductas objetivamente típicas por parte de los agentes encubiertos. Pese a lo expuesto, la legitimidad de la orden se basa en que el objetivo de ella es evitar la consumación de conductas ilícitas por parte de organizaciones criminales y propender por su desarticulación.

d. *La autoridad jerárquica debe ser competente para ordenar.* La potestad legal del fiscal proviene de que se le haya asignado la investigación, dentro de la cual ha sido ordenada la utilización de agentes encubiertos y la entrega vigilada.

e. *El inferior o el particular subordinado debe tener competencia para cumplir la orden.* Podrán ser agentes encubiertos los miembros de la policía judicial y los particulares a quienes el fiscal designe en la orden; es ésta la que les da la competencia

16 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. cit., p. 351.

para actuar. Además, solo podrán realizar los actos para los cuales el fiscal los haya facultado, y en caso de excesos, responderán por ellos.

f. *La orden debe ser emitida con las formalidades legales.* La orden de entrega vigilada y la de utilización de agentes encubiertos requiere previamente de la autorización del director nacional o seccional de fiscalías. En el caso de la utilización de agentes encubiertos, su uso podrá extenderse por un período de un año, prorrogable por un año más; esta orden deberá ser cancelada si vencido el plazo no se hubiere obtenido ningún resultado. Terminada la operación encubierta o vencido el primer año de actuación de los agentes encubiertos o finalizado el año en que ésta fue prorrogada, deberá acudirse dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías, para la revisión de la legalidad formal y material del procedimiento.

Respecto de si el actuar del agente encubierto repercute en la responsabilidad del indiciado o imputado, debe mencionarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia proferida el 18 de enero de 2001, rad. 14.190, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, dijo que la contingencia de la llegada del narcótico a su destino final o la incautación antes de ello, son riesgos que se corren aunque no haya policías infiltrados, pero ello no excluye la antijuridicidad material del comportamiento. Agrega que en ningún delito puede asegurarse el resultado propuesto, pues si las cosas se calificaran *ex post facto*, solo se consumirían los hechos punibles de narcotráfico cuando la droga llegue a los destinatarios finales. Así mismo, expresa la Corte que la intervención de agentes encubiertos tampoco disminuye la culpabilidad; si el procesado tiene conocimiento del tipo objetivo del injusto de traficar con cocaína, que es un objeto ilícito en sí, tenía libertad en la formación de su voluntad y decisión, además del control voluntario del acontecimiento.

En síntesis, la responsabilidad del indiciado o imputado no depende de la intervención del agente encubierto, comoquiera que aquel realiza una conducta objetiva y subjetivamente típica; pone en peligro sin justa causa la salud pública; es consciente de la antijuridicidad de la conducta y le es reprochable su actuar por la posibilidad que tenía de no actuar en contra del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la intervención del agente encubierto, en algunos eventos, puede incidir en la consumación de la conducta punible, como cuando se frustra la entrega de las sustancias ilícitas a los destinatarios finales, o ésta se sustituye total o parcialmente por otra que se le asemeje y sea lícita; en estos casos la conducta pretendida no alcanza su perfeccionamiento y queda en una tentativa acabada o inacabada, según sea el caso, punible de conformidad con el artículo 27 del Código Penal. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina:

El juez para evaluar la idoneidad de los actos debe transportarse idealmente al momento en el cual la conducta ha sido comenzada teniendo en cuenta las posteriores circunstancias conocidas por el hombre normal, integrada even-

tualmente por las ulteriores circunstancias conocidas por el agente. Se trata de un juicio objetivo basado sobre la normal potencialidad causal de la conducta sin tener en cuenta las eventuales circunstancias excepcionales. El control e intervención de la policía no se encuentran entre las generalmente conocibles (si lo fuesen, el culpable se abstendría de la actividad criminal) debiendo por lo tanto considerarse circunstancias excepcionales. Cuando los actos llevados a cabo son de por sí normalmente capaces de producir un evento prohibido, la tentativa es idónea y punible.

La participación del agente provocador y del servicio de policía predispuerto para llevar a cabo una actuación impeditiva no excluyen la punibilidad de la tentativa en tanto y en cuanto los actos desplegados se caractericen por su adecuación con respecto al evento al cual tienden, prescindiéndose de los efectos resultantes que haya podido concretamente conseguir¹⁷.

B. Vigilancia y seguimiento de personas y captaciones audiovisuales

Otra de las técnicas de investigación en los delitos de narcotráfico es la vigilancia y seguimiento de personas. Esta actuación está regulada en el artículo 139 de la Ley 906 de 2004 y procede por orden del fiscal, cuando tuviere motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado o imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Consiste en el seguimiento pasivo de esta persona, por parte de la policía judicial quien podrá tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades que le permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

La orden de vigilancia o seguimiento de personas requiere de la autorización previa del director nacional o seccional de fiscalías; tiene vigencia de un año, al cabo del cual si no se obtuviere resultado alguno será cancelada, sin perjuicio de que vuelva a expedirse si surgieran nuevos motivos. La orden del fiscal tendrá control de legalidad formal y material por parte del juez de control de garantías, dentro de las 36 horas siguientes a su expedición.

Uno de los aspectos que crea controversia en este tema es el relativo al alcance de la expectativa razonable de intimidad y el de la actividad que puede realizar la policía judicial en aras de obtener información para incriminar a una persona en los delitos de narcotráfico.

17 Cfr. MARIO DANIEL MONTOYA. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 57.

Aun para la doctrina y la jurisprudencia foráneas no es claro si en los espacios públicos rige el derecho a la intimidad o no. Podría decirse que hay dos corrientes: una “concepción indiferencial respecto de las captaciones videográficas en los lugares públicos, aceptando su legitimidad constitucional en cualquier hipótesis”, y una “concepción diferenciadora que, en síntesis, arranca del convencimiento de que en los espacios públicos también rige el derecho a la intimidad entendido en sentido amplio y, en particular, el derecho a la propia imagen”¹⁸. En relación con la primera postura, cabe citar un aparte de la sentencia producida por el Tribunal Supremo español el 6 de mayo de 1993 (RJ 1993/3854):

... nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción visual y directa de las acciones en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que puedan transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y toma constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad. La captación de imágenes se encuentra autorizada por ley en el curso de una investigación criminal siempre se que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad [...] [Por ello –concluye–] el material fotográfico o videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar, tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral¹⁹.

En lo que respecta a la segunda corriente, vale citar la siguiente sentencia del 1.º de junio de 1998 (ARP 1998/2933), emitida por la Audiencia Provincial de Toledo²⁰:

Es generalmente admitido que la infracción del derecho a la intimidad es presumible cuando la grabación tiene lugar en el domicilio o en lugares cerrados, u otros semejantes, por su vinculación a la esfera de privacidad del ciudadano, pero actividades de este mismo género privado o íntimo también pueden desarrollarse en lugares abiertos al público, entendidos como aquellos de libre acceso para cualquier persona.

[...] El vídeo incorporado a la causa contiene la grabación de la reunión de los tres acusados con otras personas, en un lugar de un parque donde, como después se dirá, conversan y fuman “porros”. La elección del lugar de reunión no es, evidentemente, arbitraria, pues responde al propósito de esas personas o

18 Cfr. JESÚS MARTÍNEZ RUÍZ. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 52.

19 Citado *ibíd.*, p. 46.

20 Citada *ibíd.*, pp. 52 a 54.

amigos de excluir la presencia de otros sujetos y reservar su compañía y el contenido de sus conversaciones al estricto ámbito de las personas que en ella intervienen [...] Dicha reunión de amigos o conocidos dispone de un carácter privado, como es evidente, y los actos y conversaciones que transcurran durante la misma no gozan, por propio designio de los interesados, de ninguna proyección pública. Por otra parte, no puede omitirse que la prevención legal que subsanaría cualquier eventual irregularidad, si no la nulidad de pleno derecho, de la prueba por vulneración del derecho a la intimidad, era fácilmente soslayable mediante la obtención de la pertinente autorización judicial, sin que concurra razón de urgencia o de otro tipo que justifique la omisión de dicha formalidad.

Es ilustrativa también la sentencia 10-1-95 de la Audiencia Provincial de Bilbao²¹:

... la definición de “intimidad” y/o “vida privada” es imprecisa y de difícil conceptualización. Naturalmente se conecta con el derecho a la dignidad de la persona, el derecho a la propia personalidad, a ser y expresarse como individuo. También como individuo que vive en sociedad. Y la concepción misma de la sociedad, respecto de sí misma y respecto de los ciudadanos, configuran y delimitan el derecho a la intimidad. El juez COOLEY, en 1888, formuló el concepto de intimidad como “el derecho de que a uno lo dejen en paz”. Esta definición, radicalmente individualista, obvia el hecho de que el individuo es miembro de la sociedad y como tal no puede pretender disfrutar de una intimidad total. Podemos afirmar que el concepto “abstracto” se determina “casuísticamente”, atendiendo a las circunstancias concretas. El informe de la Comisión Europea de 12.7.68 en el caso BrKuggeman y Scheuten, declaró que la vida privada termina allí donde el individuo entra en contacto con la vida pública o afecta a otros intereses protegidos. La STEDH de 16.12.92 (Caso Niemietz) renuncia a intentar una definición exhaustiva de la definición “vida privada”. Pero indica que el concepto sería demasiado restrictivo si se limita al círculo íntimo (“*inner circle*”), en el que el individuo puede vivir su propia vida personal escogida por él y excluir de ella enteramente al mundo exterior no comprendido en aquel círculo. Y concluye, “el respeto de la vida privada debe también comprender hasta un cierto punto el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.

[...] La diferenciación entre lo exterior y lo interior, el espacio público y el espacio privado, determina la necesidad de que cualquier injerencia de los poderes públicos en el ámbito domiciliario y en el secreto de las comunicaciones exija autorización judicial. Se trata de proteger al máximo el núcleo profundo de la intimidad personal y familiar. Este círculo íntimo, en opinión de la

21 Cfr. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año v, n.º 183, 2 de febrero de 1995, Madrid, Aranzadi, pp. 12 y 13.

Sala, no agota el derecho a la intimidad y a la propia imagen. No podríamos concluir, en este sentido, que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan por la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos se desarrollan en el exterior, pero inevitablemente reflejan datos e información sobre aspectos concretos de nuestra personalidad, de nuestros gustos y preferencias. Un sistema de vigilancia indiscriminada por parte de los poderes públicos sobre estas manifestaciones de la libertad ciudadana y de cada uno de los ciudadanos, en opinión de la Sala, supondría una injerencia abusiva en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los ciudadanos. Pero no toda injerencia de los poderes públicos es abusiva [...]

[...] La injerencia de los poderes públicos en el ámbito de la intimidad, en los términos que hemos propuesto, ha de constituir una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para los fines del artículo 8.2 del Convenio Europeo. Entre ellos se encuentra la seguridad pública. Y a partir de la sentencia Golder de 21 de febrero de 1975, se incluyen también los fines de “la defensa del orden” y “la prevención del delito”, que se mencionan como justificantes en el párrafo 2 de los artículos 10.º y 11 del Convenio²² y párrafo 3 del artículo 2.º del IV Protocolo (libertad de circulación).

22 Art. 8.º: “*Derecho al respeto a la vida privada y familiar*. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Art. 10.º: “*Libertad de expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Art. 11: “*Libertad de reunión y de asociación*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

Así mismo, pertinente resulta citar la sentencia 12-4-94 de la Audiencia Provincial de Madrid²³:

Ahora bien, el que sean unos servicios públicos para uso de cualquier ciudadano no quiere decir que estemos ante un espacio desprovisto de toda privacidad. Por el contrario, y debido precisamente al destino que tiene asignado ese lugar público —el que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades fisiológicas personales— aparece revestido de unas connotaciones de privacidad que le dan un carácter especial y singular. Desde esta perspectiva puede hablarse de un lugar público pero no expuesto al público.

En efecto, estamos ante un lugar público en cuanto que cualquier ciudadano puede entrar en él y utilizarlo para sus necesidades higiénicas y fisiológicas, pero, dada su función, es un espacio cerrado cuyo interior no puede ser visto desde la vía pública. Y no están expuestos al público ni la zona concreta asignada a lavabos ni, por supuesto, los espacios cerrados en que se ubican los dos inodoros.

Según se ha descrito, la videocámara enfocaba la zona de lavabos, de tal modo que los inodoros quedaban en un ángulo ciego al que la cámara de filmación no podía acceder con su objetivo. Por lo tanto, es importante dilucidar cuál es la naturaleza del espacio realmente filmado y, sobre todo, si las personas que lo utilizaban gozaban de un privacidad tutelable por la norma constitucional.

A este respecto, parece claro que en esa zona de los servicios higiénicos se realizan acciones que gozan de cierta privacidad. Y así, es lo normal que, una vez utilizado el inodoro, las personas se arreglen y acicalen en el lavabo. Y no resulta nada extraño que, dada la incomodidad del espacio destinado a las necesidades fisiológicas, los usuarios se reajusten la ropa interior en el espacio destinado a antesala del váter. Es cierto que en él no concurre la misma privacidad que en el espacio del inodoro, pero se trata también de una zona cerrada donde el usuario se encuentra solo en muchas ocasiones, lo que crea una situación de confianza y de privacidad que le llevan a realizar actos de cierta intimidad corporal.

A tenor de lo argumentado, parece razonable afirmar que estamos ante un lugar público que por su destino y circunstancias irradia una importantísima expectativa de intimidad personal. Pues en modo alguno pueden considerarse incompatibles los espacios públicos con situaciones de privacidad, y así lo han reconocido en la práctica algunas resoluciones del Tribunal Supremo de

23 Cfr. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IV, n.º 150, 19 de mayo de 1994, Madrid, Aranzadi, pp. 7 y 8.

Estados Unidos (“Katz v. United States” (1967); “Terry v. Ohio” (1968) y “United States v. Chadwick” (1977).

[...] Así las cosas, al instalar subrepticamente una cámara de vídeo y grabar las imágenes y conversaciones de los imputados y de sus compañeros y amigos, no cabe duda de que se violentó su derecho a la intimidad personal, tanto desde una perspectiva formal (derecho al secreto de las comunicaciones...), como desde una perspectiva material [...]

Desde una perspectiva formal, porque la videocámara grabó la imagen de los acusados y también las conversaciones que mantuvieron dentro de los servicios higiénicos sin que ninguna resolución judicial autorizara la grabación, proceder que ha de ser tildado de ilícito al invadir el ámbito de la privacidad de las personas.

[...] Y si esos razonamientos sirven para fundamentar que se ha infringido el derecho al secreto de las comunicaciones, otro tanto puede decirse en lo atinente al derecho a la intimidad desde una visión sustantiva y material. Pues no solo se ha filmado durante varias horas en un espacio donde suelen realizarse actos de intimidación corporal, sino que se han grabado conversaciones e imágenes relativas a la vida privada de los inculcados. No de otra forma pueden calificarse las conversaciones y las imágenes referentes al consumo de sustancias estupefacientes.

Al confrontar los pronunciamientos expuestos con el contenido del artículo 239 de nuestro Código de Procedimiento Penal de 2004, puede concluirse que tienen aplicación relativa y que la “*concepción diferenciadora*” es congruente con la restricción que advierte la norma citada, respecto a que la vigilancia y seguimiento de personas no puede afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En efecto, en Colombia es tan importante el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que autónomamente la policía judicial no puede realizar la vigilancia y el seguimiento de personas, sino que se requiere de una orden de la Fiscalía General de la Nación, que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política colombiana es autoridad judicial.

En la legislación procesal colombiana, la vigilancia y seguimiento de personas; el allanamiento y los registros; la interceptación de comunicaciones, entre otras diligencias que comprometen el derecho a la intimidad, pueden ser ordenadas por la fiscalía, no requieren de la autorización judicial previa, aunque tienen un control de legalidad posterior por los jueces de garantías. Basta entonces con la orden de fiscal, para realizar registros fotográficos y audiovisuales de las actividades de las personas

que están sometidas a vigilancia y seguimiento; sin perjuicio de que la orden sea llevada a control judicial dentro de la oportunidad legal²⁴.

Queda por dilucidar el concepto de expectativa razonable de intimidad del indiciado o el imputado o de terceros, cuando es realizada la vigilancia o seguimiento de personas.

Como lo señalan algunas de las providencias extranjeras citadas, aun en los sitios públicos puede haber expectativa a la intimidad; no obstante, debe establecerse cuándo la afectación del derecho fundamental a la intimidad es razonable y cuándo no. Como lo ha expuesto la Corte Constitucional²⁵, el test de razonabilidad se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental, y lo que se pretende es salvaguardar el contenido esencial de ese derecho; advirtiendo que las restricciones que se hagan al mismo lo deben ser en aras del bien común. La limitación del derecho debe ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido; el medio utilizado debe ser necesario y proporcional, esto es, que no pudo elegirse otro igualmente eficaz que no afectara el derecho fundamental o lo hiciera en menor medida, para alcanzar el fin.

La salud pública es un bien común que puede afectarse con los delitos de narcotráfico. Para evitar que estas conductas ilícitas se cometan, existe la posibilidad de realizar vigilancia y seguimiento a las personas, para obtener información que permita vincular a un indiciado con la conducta ilícita y procesarlo ante un juez; es decir, legalmente está permitido afectar el derecho a la intimidad en lo que respecta a determinar las personas que frecuenta el indiciado o procesado, los lugares a donde asiste, lo que hace en los sitios públicos o lo que conversa con sus acompañantes en tales lugares. Fotografiar y grabar tanto imágenes como sonidos son medios proporcionales y necesarios para lograr el fin perseguido, además no existe otro igualmente eficaz y menos invasivo. En consecuencia, ese es el ámbito del derecho a la intimidad que puede afectarse.

No es razonable, por ejemplo, que un fiscal ordene la utilización de dispositivos en los baños de un restaurante para escuchar las conversaciones del indiciado o procesado con un tercero; tampoco lo es la orden de grabar las acciones y conversaciones

24 Lo anterior pese a que BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT expresan lo siguiente: “*la autoridad judicial es el juez de control de garantías, y no la Fiscalía General*. En consecuencia, casos como la infiltración de organizaciones criminales (arts. 241 y 242), el seguimiento de personas (art. 239), la toma de bases de datos (art. 236 CPP) o las inspecciones corporales (art. 247 CPP) que impliquen afectaciones medias o intensas de derechos fundamentales, sólo pueden realizarse previa autorización del juez de control de garantías. Se requiere, por tal motivo, una sentencia condicionada de la Corte Constitucional a estos artículos, que interprete las disposiciones citadas en un sentido que respete la reserva judicial (juez de garantías) en la afectación de los derechos fundamentales”. Cfr. JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. 1, “Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 264 y 265.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-763 del 28 de junio de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; también la aclaración de voto a esta sentencia del magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA.

efectuadas en el domicilio del imputado o procesado o de terceros; o en sus vehículos, naves o aeronaves. En estos casos deberá contarse con la orden de un juez, por tratarse de medidas que, si bien son útiles para lograr el fin perseguido, invaden la expectativa razonable de intimidad.

CONCLUSIONES

1. Frente a los delitos de narcotráfico no puede hablarse de delitos bagatela o insignificantes, se trata de delitos de acumulación que ponen en peligro concreto el bien jurídico de la salud pública. En consecuencia, en aras de la protección del bien jurídico, es funcionalmente necesario sancionar la tenencia de sustancias narcóticas o estupefacientes en cantidad equivalente a la dosis personal, o aun en cantidades inferiores si la tenencia está destinada a la venta o distribución a cualquier título.

2. En las organizaciones o empresas criminales del narcotráfico son aplicables la teoría del dominio por organización y el principio de imputación del hecho total, de conformidad con el cual hay un dominio organizativo en escalones en donde existen autores por mando, autores por organización y autores ejecutivos.

3. No es incompatible la autoría en el concierto para delinquir en los delitos de tráfico de estupefacientes (inc. 2.º art. 340 C. P.), con las conductas de narcotráfico.

4. En los procesos penales que se adelanten en vigencia de la Ley 600 de 2000, o en aquellos regulados por la Ley 906 de 2004, no es preciso contar con la prueba material de los estupefacientes, sustancias psicotrópicas, ni de los precursores, comoquiera que rige el principio de libertad probatoria.

5. La entrega vigilada lleva implícita la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, el análisis e infiltración de la organización criminal y la actuación de agentes encubiertos; por ende basta con el control de legalidad que haga el juez de garantías, una vez concluida la entrega vigilada, para legalizar todas las actuaciones, los resultados, los elementos materiales probatorios y la evidencia física obtenida.

6. El actuar del agente encubierto no es subjetivamente típico, pues no actúa con dolo y, además, no es antijurídico. El actuar del agente encubierto estaría enmarcado dentro de la causal excluyente de responsabilidad prevista en el numeral 4 artículo 32 del Código Penal: “Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”.

7. La responsabilidad del indiciado o imputado no resulta afectada por la intervención del agente encubierto.

8. La intervención del agente encubierto puede incidir en la consumación de la conducta punible, dejándola en grado de tentativa.

9. Obtener fotografías y grabaciones audiovisuales, durante la vigilancia y seguimiento de personas, no afecta la expectativa razonable de intimidad, siempre que tales actividades sean realizadas en sitios públicos.

10. Cuando sea necesario obtener fotografías o grabaciones audiovisuales de actividades realizadas en domicilios, automóviles, naves o aeronaves, o en sitios en los cuales se realizan actividades privadas, aunque estén situados en sitios públicos, se requiere de la orden del juez de control de garantías.