

LA ENTREGA VIGILADA*

*Camilo Sampedro Arrubla***

Sumario: Introducción. I. La entrega vigilada. II. Tres aspectos puntuales. A. ¿Qué hacer con el sujeto que participa activamente en la diligencia, permitiendo el tráfico que en principio debe frenar o interrumpir? B. ¿Resulta ser una medida constitucional? C. ¿Resulta útil la medida, si lo que persigue es la prueba de delitos? III. Conclusión

Resumen: La entrega vigilada, como una de aquellas técnicas de investigación penal encubierta que pretenden la consecución de la evidencia que de otra manera no se obtendría, debería, respetando el estado transparente y la dignidad humana, ser eficaz. En tanto que el agente estatal que la promueve, la implementa o la permite debe renunciar al deber de interrupción del delito de tráfico, su omisión constituiría una provocación inconstitucional, lo descubierto con la técnica estaría bajo el control y la vigilancia del Estado y por ende no sería punible y ella sí, por el contrario, podría poner en riesgo el material que con la interrupción del delito se habría logrado.

Palabras clave: entrega vigilada, comisión, entrapamiento, provocación.

* Fecha de recepción: junio de 2009. Fecha de modificación: agosto de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; estudios de maestría en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; candidato al título de doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia; profesor titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y posgrado (especialización y maestría). Correo electrónico: camilo.sampedro@uexternado.edu.co.

OBSERVED DELIVERY

Abstract: Observed delivery, as a technique of covert penal investigation that aims to obtain evidence that could not be obtained by other means, should, while respecting the transparent state and human dignity, be effective. When the state agent that promotes, implements, or permits it must renounce the duty of interruption of the crime of drug trafficking, its omission would constitute an unconstitutional provocation and whatever was discovered through the technique would come under state control and vigilance, and hence it would not be punishable; on the contrary, it could put the material with which the interruption of the crime had been achieved at risk.

Keywords: observed delivery, commission, entrapment, provocation.

INTRODUCCIÓN

Ante el innegable y vertiginoso crecimiento cuantitativo, pero espacialmente cualitativo, de la delincuencia, sería por lo menos necio pretender seguir combatiendo el delito con técnicas tradicionales de investigación criminal que se ven relegadas ante la sofisticada estructura delincriminal, también organizada. Ellas deben perfeccionarse incluso, si fuera posible, anticipándose a la criminalidad.

Ello justificaría cualquier medida tendiente a la prevención de delitos y en concreto de aquellos que obedecen a una estructurada organización, lo que impondría entonces calificar de loable todo aquello que lleve a la imposición de una pena justa en aras de la prevención.

No podemos discutir entonces la magnitud, incluso con alcances internacionales, de las organizaciones dedicadas al delito, en especial a aquellos que se relacionan con el terrorismo, la corrupción, el tráfico de estupefacientes, la trata de personas y el comercio de armas, entre otros. No cabe duda de que la ley se ve compelida a perfeccionar sus herramientas de prevención yendo más allá de las tradicionales técnicas de incriminación *—para tradicionales acciones delictivas, por llamarlas de alguna manera—* que no son capaces de combatir las organizaciones delincriminales que cuentan siempre o casi siempre con especialísimos o valiosísimos medios para evadir la justicia, en tanto que ya no sólo se organizan para el delito, sino que lo hacen con igual interés y eficacia para evadir la responsabilidad.

Sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho de que, atendiendo los principios que fundamentan todo el sistema penal, la pretensión de pena y con ella de sus fines tiene límites. También los tienen los medios de investigación penal tendientes a la imposición de penas aun en busca de los fines pretendidos por ella, pues la persecución penal pierde legitimidad cuando ella no es ajustada al derecho y a los derechos.

Esto se traduce, para el tema en el que nos adentramos, en el cuidado máximo por los derechos de los involucrados en desarrollo de las actividades tendientes a la consecución de la evidencia y en el celo máximo en la admisión de la ésta como prueba en el juicio. Lo anterior, no en razón de reformas puntuales a la ley sino del reconocimiento del derecho penal liberal fundado en la dignidad humana, base necesaria de todas las intervenciones estatales, más aún cuando ellas tienen tan alto costo.

Pues bien, las técnicas de investigación encubiertas, como lo mencionamos y veremos, resultan ser una medida de política criminal que interfiere en el ámbito de las libertades públicas en alto grado, por lo que ellas, además de una especial regulación legal –que nos permite, en principio, aplaudir la Ley 906 de 2004 en lo que a ellas se refiere–, requieren de un especialísimo control en la ejecución que, permitiendo la penetración de las organizaciones mencionadas, no llegue a la flexibilización del derecho penal liberal que tanto nos ha costado alcanzar.

Nadie duda de la eficacia de las técnicas encubiertas de investigación. ¿Quién por ejemplo, si de medir en términos de eficacia y descubrimiento se trata, podría oponerse al derecho penal premial, al derecho penal de la delación, a la infiltración física, telefónica o virtual, a los seguimientos, a las celadas, a los engaños a los delincuentes, a los entrapamientos, si de todas estas medidas resultan descubrimientos de conductas delictivas?

El asunto no es tan sencillo pues si estas medidas mediáticamente populares, por lo efectivas, se presentan y promueven como necesarias herramientas de un sistema penal como el nuestro en el que las libertades públicas son límite infranqueable, por lo menos, habrá que encontrarse un equilibrio entre los límites a la intervención de los agentes estatales y la necesidad de obtención de prueba, de manera tal que resulte un acertado contrapeso a la delincuencia, sin acudir a insoportables medidas restrictivas de los derechos de quien es persona, aun cuando ello resulte impopular o menos efectivo.

Acertadamente lo dice SAGÜÉS refiriéndose a las técnicas de investigación encubiertas:

El tema es complejo. Está en juego el valor verdad, interesado en descubrir la comisión de delitos y determinar sus autores. También, por su puesto, el valor justicia, preocupado en asignar a los responsables una pena adecuada. Pero estos valores no son solitarios: deben coexistir con el principio de dignidad humana, vinculado con el debido proceso al que los inculpados tienen derecho. Naturalmente, también son acreedores a un trato digno y a su seguridad las víctimas y los testigos. En definitiva, se trata de encontrar una respuesta jurídica armonizante que satisfaga el bien común, que opera como valor síntesis, abarcativo de los ya señalados.¹

1 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, en prólogo a *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, de MARIO DANIEL MONTOYA (2.ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 25).

No cabe duda de que la delincuencia organizada para la que están especialmente –pero no exclusivamente²– previstas estas técnicas genera en la actualidad una preocupación que va mucho más allá de la simple lesión particular de bienes jurídicos, que llega incluso a la desestabilización económica y política del Estado mismo, cuando la afectación no es transnacional, pero ni siquiera una situación como estas justifica la implementación de un sistema penal excepcional o flexible, pues es inaceptable, por lo menos en nuestro concepto, la existencia de “dos derechos penales comunes”, uno con garantías plenas obedeciendo a la historia del derecho penal moderno y otro excepcional con excepción, o por lo menos flexibilización, de las garantías procesales connaturales a la dignidad humana, del que se logra aceptación con la manipulación del dolor de la ciudadanía que reclama medidas para apaciguarlo y a quien “a petición” se le ofrecen, entregan e imponen algunas que, a la postre, lo incrementan.

Pues bien, ante el perfeccionamiento y la dimensión de la delincuencia organizada, el sistema penal se ve entonces en la necesidad-obligación de replantear las técnicas de investigación tradicionales y de profesionalizarse haciendo uso de aquellas que permitan el descubrimiento de los delitos de difícil prueba y por supuesto, y por encima de lo primero, la frustración y por ende la prevención de éstos.

Por ello, en lo que hace al tema que nos ocupa, algunas legislaciones occidentales, aparentemente a tono con lo acordado en la Convención de Viena de 1988 –que insiste en el respeto por los principios de los derechos internos de las partes–, han introducido en sus legislaciones figuras como el infiltrado, el arrepentido, la vigilancia de personas o cosas, las entregas vigiladas, etc., sin desconocer que en muchos países en los que han sido “legalizadas” venían siendo utilizadas, amparadas incluso en pronunciamientos de orden constitucional, sin norma que las autorizara o regulara, bien de manera soterrada o bien bajo el entendido que el régimen constitucional de pruebas no les era incompatible.

En Colombia hace mucho tiempo que la política criminal se inclinó por la utilización de agentes del Estado o de particulares que, participando o no en un delito determinado, terminaron sirviendo a los fines de persecución penal, por lo que no resulta extraño encontrar sentencias condenatorias cuyo basamento probatorio es la infiltración, la delación, la colaboración, la vigilancia e inclusive la provocación.

Podría decirse, sin embargo, que sólo con la expedición de la Ley 906 de 2004, y gracias a la idea aceptada, aunque no necesariamente cierta, de que estas son figuras propias del sistema acusatorio, se reguló legalmente y con algo de detalle el tema atinente a la

2 Desafortunadamente, en el país, como en muchos otros, algunas medidas excepcionales se promocionan como necesarias para combatir alguna coyuntura especial –por ejemplo para prevenir una clase especial de delitos– y luego, sin razón que lo justifique, se extienden a todos los delitos haciéndola general, con lo que se rompe la aparente proporcionalidad que amparó constitucionalmente el origen de la medida.

vigilancia de personas y cosas, al agente encubierto, la entrega vigilada, figuras todas que podemos agrupar bajo el género “técnicas encubiertas de investigación penal”.

Pues bien, en Colombia el legislador decidió incluir estas invasivas figuras en nuestro proceso penal con características liberales por fortuna arraigadas, por lo que habrá que lograrse la armonización entre aquéllas y éstas, en tanto no podemos renunciar a los principios del derecho penal liberal, aun cuando la coyuntura, por larga que sea, haga cada día más difícil plantear en la actividad legislativa o judicial constitucional, incluso en la académica, el fundamento de un derecho penal estructurado en la libertad, al que se pretende oponer la aparente y oportunista necesidad de un régimen restrictivo de derechos de quienes han lesionado los de los demás, logrando leyes aplaudidas por quienes, sin saberlo, sufrirán sus efectos³.

Supone esta intervención la justificación de la inclusión en la ley de las técnicas a las que nos referimos. Supone entonces la verificación político-criminal de la insuficiencia de medidas preventivas menos drásticas que la que comentaremos, porque aquí también, al igual que en la consideración de la sanción penal, en el sistema procesal penal se debe acudir en primer término a las medidas que con menos injerencia estatal sirvan para que se logre lo mismo, es decir, se debe acudir a las medidas que siendo menos drásticas, arrojen los mismos resultados. Así, las técnicas de intervención, de obtención de evidencia, de prevención de delitos, de imputación, etc., cuando son encubiertas, suponen que ya se han implementado, sin éxito, técnicas ajenas al derecho penal o que, haciendo parte del sistema punitivo, son menos drásticas en lo que a intervención en la esfera de libertades se refiere⁴.

Podría replicárseme, claro, que en realidad las medidas como la entrega vigilada no son realmente drásticas intervenciones estatales en la esfera de derechos de los ciudadanos. A ello tengo que contestar –sin perder de vista que se trata de un asunto de no poca monta o que requiera poco espacio en tanto amerita un análisis especial, muy serio y no sólo de los abogados– que el simple hecho de tratarse de medidas en las que finalmente media un engaño con el que se permite que el sujeto actúe o siga haciéndolo bajo la vigilancia estatal, las convierte en una potencial afectación a la dignidad humana.

Dicho lo anterior, adentrémonos en el tema propuesto.

3 En no pocas ocasiones las medidas de fuerza y sin atención del derecho han sido reclamadas con ahínco por la ciudadanía, que sólo reacciona contra ellas cuando su dolor ha sido cambiado por uno más intenso.

4 Desde luego, esta sería una condición no sólo para el momento legislativo sino también para el judicial.

I. LA ENTREGA VIGILADA

Aunque el nuevo Código de Procedimiento Penal nos informa que debe entenderse por entrega vigilada “*el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados*”, la doctrina entiende por esta, de manera más amplia— en tanto que contempla expresamente también el ingreso de la mercancía al país— “*la técnica investigativa por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes (en la mayoría de las legislaciones en que se contempla no se restringe al narcotráfico) que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva*”⁵, a lo que yo le agregaría el fin de conocer las rutas o vías de comercio, o cualquier otra circunstancia de utilidad para una investigación.

Son elementos comunes a las definiciones que se puedan esbozar de la entrega vigilada: el descubrimiento previo de un ilícito en desarrollo, en tanto no se puede vigilar lo que se desconoce; la posibilidad de frustración de tal delito, es decir la renuncia —por lo menos aparentemente— al *ius puniendi*, aunque no se desconoce la posibilidad de vigilancia en aquellos casos en que no es posible frustrar el delito aún y ella se implementa mientras tanto; debe perseguir y ser eficaz para la incriminación y punición más allá de la que el delito hasta el momento realizado, pues si frustrando o interrumpiendo el recorrido criminal se cuenta con el suficiente material probatorio para la incriminación y punición de los autores del tráfico por posesión o transporte y con la vigilancia no se logra nada distinto o mejor adicional, la medida no se justifica.

A los anteriores elementos se les puede sumar muchos otros, dependiendo del intérprete y de la legislación concreta; así por ejemplo, el que la entrega tenga como objeto alguna sustancia estupefaciente o no, el que sea realizada por agentes estatales o no, etc. Hay quienes entienden por la entrega vigilada sólo la vigilancia de la que el delincuente va a hacer, mientras que otros consideran que ella solo es la que se reemplaza por la que originalmente realizaría el delincuente. Yo particularmente considero, tal vez no como elemento estructural, pero sí como condición necesaria, junto con el descubrimiento previo de la conducta que se viene desarrollando, el conocimiento de que se seguirá realizando y la imposibilidad de lograr lo pretendido con una medida menos drástica o invasiva, so pena de nulidad, según lo proponemos. En cualquier caso, me parece que la entrega vigilada como medida es la vigilancia de la que forma parte del plan criminal y no el reemplazo de ésta, en tanto, en este segundo caso, estaríamos en presencia de una intolerable provocación.

5 CARLOS ENRIQUE EDWARDS. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, 1.ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, p. 108.

En definitiva, pues, se tiene que para la entrega vigilada se cuenta con el descubrimiento cierto de un hecho que viene en desarrollo y del que se sabe seguirá desarrollándose y consiste en la decisión de no frustrar o interrumpir el delito con la pretensión, posible, de obtener mejor o mayor material probatorio que aquel con el que se cuenta o que aquel que se lograría con la intervención inmediata, para lo cual se vigila y controla el devenir del delito de transporte, por llamarlo de alguna manera.

A propósito se tiene que en algunas legislaciones se distingue entre entrega vigilada y entrega controlada, haciendo depender el que se trate de una u otra, de la vigilancia pasiva por parte de los agentes estatales o de su participación activa, respectivamente. Para nosotros, esta diferencia no es válida o atendible no sólo porque en la entrega vigilada siempre hay participación de los agentes estatales (aun cuando sea por omisión), sino porque en nuestro concepto, como lo veremos adelante, es indispensable, y por consiguiente condicionante, que la medida esté acompañada permanentemente del control de la situación de tal manera que en cualquier momento en que la vigilancia permita conocer la inconveniencia, el riesgo o la ineficacia de la medida, ella se debe interrumpir actuando mediante la frustración del delito y aprehendiendo el material de evidencia que hasta el momento se haya obtenido, aunque mantenemos importantes reservas respecto del material que se ha obtenido por este medio. En cualquier caso, pareciera que la legislación colombiana que motiva esta intervención en su normativa específica las trata indiscriminadamente, lo que es ratificado con la Resolución 0-2450 de 2006 por medio de la cual el Fiscal General de la Nación fijó los parámetros de actuación para la realización de diligencias de entrega vigilada en la que, aun cuando aclarando que sólo se hace de manera ilustrativa, pone de manifiesto que las dos figuras se entienden con el mismo significado.

Muy bien, el artículo 243 de nuestro Código de Procedimiento Penal señala la posibilidad de hacer uso de la entrega vigilada, normando lo pertinente en el libro II sobre “*Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio*”, en el título I de “*la indagación y la investigación*” capítulo II “*Actuaciones que no requieren autorización judicial previa a su realización*”, disponiendo bajo tal título:

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

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

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

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

Así las cosas, nuestra legislación nos impone tener en cuenta algunos aspectos que le son propios, sobre los que me parece importante hacer algunas referencias.

a. *Existencia de motivos razonablemente fundados.* Dispone la ley que esta técnica solamente se justifica si aparece precedida de “motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o imputado investigado pertenece o está relacionado con una organización criminal”.

Habrá, entonces, que contar primero con los motivos razonablemente fundados. Ellos, conforme lo previsto en el artículo 221 del CPP, son la causa que lleva al fiscal a moverse en la dirección indicada en la ley y ésta debe aparecer respaldada, por lo menos, en un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la (vinculación del bien por registrar con el delito investigado) existencia de la organización criminal.

b. *Es una actuación privativa del Fiscal que adelanta la investigación.* Naturalmente, se trata de la invasión en la esfera privada de los particulares que debe aparecer no sólo justificada con los motivos fundados que vimos atrás, sino que además es menester que quien disponga la práctica de tal técnica restrictiva o invasiva de derechos sea solamente el fiscal que adelanta la investigación, no sus auxiliares (piénsese en la policía judicial) ni sus superiores (director seccional, nacional, fiscal general o vicesfiscal). Lo anterior no obsta para que la técnica sea sugerida por alguien distinto del fiscal investigador, a

condición de que en el mismo surjan los motivos fundantes. En cualquier caso tendrá control judicial posterior.

c. Es necesario que exista una investigación y en ella un indiciado o un imputado. De trascendental importancia resulta este requisito legal para la utilización de la técnica a la que nos referimos. Aunque aparentemente este asunto no demande mayor detenimiento, nos parece que se debe estar muy atento a lo que la ley dispone. Es indispensable la relación entre la investigación, el sujeto investigado y la entrega vigilada.

En efecto, si se observa lo dispuesto en el artículo 243 del CPP, es claro que cuando se hace referencia al “fiscal” como sujeto facultado para ordenar la práctica, ya se exige tácitamente la existencia de una investigación en curso. Además, siendo mucho más restrictivo o más estricto, se exige no sólo la existencia de las diligencias sino que éstas estén soportadas en una investigación que se adelanta en relación con alguien en particular a quien la ley denomina indiciado o imputado.

Lo anterior nos hace concluir que la entrega vigilada no procede para iniciar la investigación o para buscar o individualizar al por investigar. Me explico: Si se requiere que la técnica la disponga el fiscal es porque ya hay investigación, y si se requiere la existencia de motivos fundados sobre la participación de una persona en el transporte de alguna de las mercancías o sustancias mencionadas en el texto del articulado, es indispensable que, para el momento en que se disponga la utilización de la técnica, ya exista una investigación en curso en la que se encuentre por lo menos individualizado un sujeto respecto del cual se sigue una investigación penal y dentro de la cual se adelanta la técnica restrictiva, ahora legal. Así, la técnica no procede como labor previa a la investigación ni como investigación previa para determinar si se adelanta o no proceso penal; al revés, será violatoria del debido proceso la investigación, e incluso nula la acusación, derivada de una entrega vigilada ordenada cuando no había indiciado o imputado conocido.

Podría pensarse, aunque me niego a ello, que la ley cometió un error al limitar de esta manera la posibilidad de utilizar la técnica de infiltración, pero la verdad es que me inclino por creer que el legislador de 2004 prefirió la limitante para evitar abusos en la interferencia de los derechos de los particulares, basado en el presupuesto de la proporcionalidad o juicio de ponderación previo al momento legislativo según el cual la afectación del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los particulares no se justifica, constitucionalmente, por la utilidad incierta de una investigación en averiguación de responsables o por lo menos de sujeto de investigación.

d. Teleología de la técnica. Aun cuando el artículo en el que particularmente se trata el tema no señala expresamente lo que debe perseguir la medida, como sí lo hace, por ejemplo, la relativa a la infiltración y al agente encubierto que dispone como fin la consecución de información útil para la investigación, aparece obvio que es ella también la que debe perseguir la medida de la entrega vigilada, pero, fundamentalmente,

aquella que permitiría la incriminación y punición de las personas que, con lo que se ha descubierto del delito, aún no pueden ser judicializadas.

Ello nos lleva, además a cuestionarnos sobre dos aspectos:

El primero, si los descubrimientos causales o la prueba obtenida con ocasión de la infiltración pero referida a otro sujeto u otro hecho pueden generar una investigación distinta, bien dentro del mismo proceso o bien en uno distinto. Lo segundo, si sólo es útil la prueba obtenida que avale la posición del fiscal atendiendo la calidad de acusador o si la que se obtiene con la entrega vigilada, pero que favorece al indiciado o imputado, se debe llevar al proceso, por ejemplo porque evidencie un grado de participación benigno o la presencia de circunstancias que excluyan el dolo. Hay una pregunta adicional sobre la utilidad del material obtenido con la técnica, asunto al que me referiré al final de la exposición.

En cuanto a la posibilidad de investigar de oficio aquello ajeno a la investigación pero descubierto casualmente con ocasión de la infiltración ordenada para ella, debemos poner de presente que en la medida en que este tipo de técnicas, en nuestro concepto, deben estar regidas o amparadas por el principio de especialidad o determinación según el cual ellas se autorizan para unos hechos concretos y no para otros –no de otra manera se podría hacer la ponderación necesaria para autorizarla⁶–, nos parece que no puede decirse nada distinto de que la prueba es legalmente obtenida a pesar de la casualidad, siempre que se dé inicio inmediato a una nueva investigación (con un indiciado por lo menos), si se requiere, y en ella se disponga y autorice la extensión de la medida determinada especialmente a la investigación del nuevo hecho. Sin embargo, recordando el control de legalidad posterior por parte del juez de garantías, éste observará cuidadosamente que la diligencia de entrega vigilada no haya sido un parapeto para la consecución de prueba distinta de la que la motivó, pues en este caso, como cuando se conoce previamente la existencia del elemento por descubrir, es decir no media la buena fe del funcionario, deberá declararse la ilegalidad de la prueba obtenida y por ende se reconocerá la nulidad de pleno derecho, en tanto lo que se pone en evidencia es una investigación engañosa.

En lo que hace a lo segundo, es decir a la utilidad de la prueba, debemos ser enfáticos en manifestar que, a pesar de la calidad de acusador y de su natural tarea de encontrar prueba incriminatoria, el Fiscal que con la técnica de investigación logre la prueba favorable al imputado o indiciado, debe ponerla de cara al proceso por lealtad procesal.

e. *Sujetos participantes*. Este asunto nos sitúa frente a dos problemáticas: por un lado la calidad de servidores públicos de aquellos que realizan o implementan la técnica

6 En este sentido, JOSÉ ANTONIO DÍAZ CABIALE y RICARDO MARTÍN MORALES. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001, p. 177.

en nombre del Estado, sin dejar de lado la posibilidad de que los particulares puedan intentarla en aras de la consecución de material que favorezca la defensa; y por otro, la manera en que se da la participación.

Respecto de lo primero, no nos cabe duda de que conforme a la normativa estaría la Fiscalía autorizada para valerse de particulares que participen en la entrega, no sólo porque en ella se prevé la participación de un encubierto y este puede serlo, sino porque así se ha reglamentado.

Ahora bien: respecto del asunto referente a la forma de participación del agente, tendríamos que hacer notar que lo que la norma manifiesta, además textualmente, es que el fiscal ordena hacer la entrega y no vigilar la que está por hacerse, es decir dispone que el agente encubierto entrega la cosa que está por fuera del comercio, y ese acto se vigila. Sin embargo, cuando define la técnica, manifiesta que ella consiste en dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, lo que muestra la posibilidad de una vigilancia pasiva. Más adelante, sin embargo, menciona al agente encubierto para efectos de prohibirle sembrar la idea criminal en el imputado o indiciado, lo que nuevamente nos situaría en la vigilancia activa. Finalmente, la Resolución 0-2450 de 2006 es mucho más amplia que la norma misma, dejando abierta la manera en que podrá actuarse.

Así las cosas, tendríamos tres modalidades de entrega vigilada: la primera, una especie de “dejar hacer, dejar pasar” bajo vigilancia, que en mi concepto constituye la verdadera entrega vigilada; una segunda modalidad que se da con la participación de agentes estatales es lo que los franceses llamarían la “entrega controlada”, pero que obedece a la idea del imputado o indiciado, y el agente sólo obra como encubierto, no como director de la entrega; y la tercera es la utilización del encubierto como aquel que entrega directamente la mercancía para descubrir a quien la recibe, caso en el cual, en nuestro concepto, se está en presencia de un típico entrapamiento por lo que no es viable la interpretación de la norma en tal sentido.

Entonces, sólo se estaría en presencia de una entrega vigilada en los casos en que el agente vigila desde afuera o desde adentro de la organización que hace la entrega. En cualquier caso, en nuestro concepto, hay una participación activa aun cuando sea por la omisión de frustrarla teniendo el deber de hacerlo. Sobre ello volveremos.

II. TRES ASPECTOS PUNTUALES

Partiendo del supuesto cierto según el cual unos son los aspectos dogmáticos que atañen a la responsabilidad del agente que participa en la vigilancia o en la entrega, otros los del agente investigado, vigilado o que termina siéndolo y otros los relativos a la eficacia procesal de la técnica consistente en la renuncia al deber de frustración y la implementación de la vigilancia, ellos me dan con qué escoger los tres planteamientos,

a mi gusto atractivos, que en lo que me queda de esta intervención quiero hacer: Por un lado, lo atinente a la responsabilidad o no del agente estatal que participa en la medida; en segundo lugar, si la entrega vigilada es una medida que resulta compatible con la Constitución; y, en tercer lugar, si se puede tener claro que el material probatorio que se obtiene con la entrega vigilada realmente tiene vocación de ser prueba, es decir si finalmente cumple con la finalidad que se propone.

A. ¿Qué hacer con el sujeto que participa activamente en la diligencia, permitiendo el tráfico que en principio debe frenar o interrumpir?

Casi la mayoría de los sistemas en que la medida se aplica se inclina por dar por cierto, mucho me temo que sin siquiera preguntárselo o considerarlo, que no se trata de un partícipe punible en la medida en que su conducta no está regida por el dolo sino por la finalidad distinta consistente en judicializar a otros.

En efecto, pareciera que quien no interrumpe un delito de tráfico de sustancias o de remesas prohibidas actúa siempre, o deja de hacerlo, con la aquiescencia y el control del Estado, aquel o este tienen pleno manejo de la situación, y si bien participan en la que a la postre resulta ser una conducta de otro con trascendencia penal, es claro que por un lado saben de la inexistencia de riesgo para alguien o algo, y por otro, son motivados no por la ilegalidad de lo que se obtendría con la entrega que se vigila, sino por la evitación de acciones punibles futuras, que se logra con el descubrimiento de la que se realiza y con la incriminación, por ella, del vigilado. Con ello se evidencia la contradicción entre su actuar objetivo y su actuar subjetivo que impediría su punición.

Nótese, entonces, que la característica del agente que vigila parece ser la contradicción interna entre lo que aparentemente pretende y lo que realmente persigue, es decir la contrariedad entre su fuero interno, motivado por el logro de la responsabilidad penal de los partícipes en la conducta que se vigila, por un lado, y, por otro, su omisión (de interés para el derecho penal) en tanto aporte a la comisión del hecho no frustrado. En providencia de la Corte colombiana, para que se tenga como referencia sin perder de vista que no se ocupa de la entrega vigilada⁷ pero que resultaría siendo aplicable a ella, se absuelve a quien participa en la acción punible de otro cuando no los une el común designio criminal en tanto que para uno su propósito es el delito, mientras que para el agente estatal es la incriminación de los responsables y su descubrimiento⁸.

Lo cierto es que el objeto de inquietud lo constituye el cómo imponer la pena al partícipe de la entrega que se vigila dejando libre de responsabilidad al que la permite sin frustrarla teniendo el deber de hacerlo, ello en tanto la omisión de la acción debida,

7 Se refiere al agente encubierto.

8 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, 18 de enero de 2001 (MP: JORGE ANÍBAL GÓMEZ, exp. 14190).

por constituir participación, no puede ser ajena al derecho penal del que se requiere un pronunciamiento exculpatorio.

Sin hacer mayores análisis, de los que no nos ocupamos aquí, tendríamos que afirmar que la solución casi unánime estaría dada por el planteamiento según el cual, si bien es cierto que en principio se estaría frente a una omisión de acción debida –un dejar de hacer por parte de quien tiene el deber legal de hacerlo– que por ende podría adecuarse a algún tipo penal y por tanto atribuido el resultado en el plano objetivo, también es cierto que la regulación de la figura misma se erigiría como un deber legal, lo que nos situaría bien en el escenario de la atipicidad por falta de dolo ausente por el cumplimiento del deber o máximo en el de la justificante por el conflicto de deberes.

Otros plantearían, en sistemas procesales que lo consagran, la aplicación del principio de oportunidad a favor del agente estatal, solución que haría inviable la figura en sistemas que se rigen por el principio de legalidad. No me parece la más afortunada de las salidas en tanto se aceptaría entonces, por lo menos en el plano sustancial, la realización de delito por parte de los agentes estatales que implementan y desarrollan la vigilancia.

B. ¿Resulta ser una medida constitucional?

Al respecto me surgen dos cuestionamientos: por un lado, si, en consideración de que la evidencia que se obtiene con la entrega vigilada supone usar al hombre como objeto de la ella, termina la medida siendo contraria a la dignidad humana y, por otro, si no estamos en presencia de una provocación y por ende, de una medida contraria a la Constitución.

Respecto de lo primero, aun cuando la afirmación que a manera de interrogante dejamos planteada resulta demasiado amplia y por ende comprensiva de técnicas que no se podrían descartar con ese argumento, como las escuchas telefónicas, la toma de muestras biológicas, etc., nos parece que lo que resulta absolutamente intolerable es lo que en la doctrina internacional se ha venido llamando “entrampamiento”, término con el cual se refiere a las técnicas de investigación en las que el sujeto investigado es engañado, es puesto a delinquir, es sujeto de una trampa estatal. Nos parece que en estos casos se está frente a un ataque desmedido de la dignidad humana que no puede soportarse aun cuando las medidas, como en efecto ocurre, terminen siendo de gran utilidad en términos policiales.

Cuando nos situamos frente a la figura de la entrega vigilada se nos ponen de presente algunas contradicciones del Estado mismo, en cuanto en principio se enfrentarían, por ejemplo, el deber de sancionar y el deber de respetar las libertades de los miembros (algunos manifiestan la contradicción entre el deber de descubrimiento de los delitos y el deber de respetar la libre determinación de las personas); el deber de tener al hombre como ser dotado de dignidad y el que tiene de preservar el bien común aun a costa de

los derechos individuales; el deber del agente estatal de descubrir el delito y el deber de evitarlo en tanto sea posible.

No por capricho el Código Penal colombiano⁹ sitúa como pilar de pilares el respeto a la dignidad humana como fundamento del derecho penal. Lo hace por mandato constitucional que puede reflejarse en la siguiente sentencia: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundamentado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”.¹⁰

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

En nuestro concepto, la entrega vigilada no es nada distinto de inducción por omisión del Estado representado en la autoridad que en cada caso concreto actúa, y es claro que cuando el Estado mismo lleva a un sujeto a cometer un delito para incriminarlo en él, para obtener prueba de otros o con cualquier otra finalidad, por legal que parezca, utiliza al hombre como medio y le niega su connatural ser fin en sí mismo; sin más lo cosifica, lo que es contrario a los postulados constitucionales, esencialmente en lo que hace al reconocimiento de la dignidad humana, conforme quedó expuesto.

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

Ahora bien: respecto de la posibilidad de estar frente a una provocación, por ello incompatible con constituciones como la nuestra –*recordando que la participación criminal no solo es activa en tanto se predica la autoría o participación de quien omisivamente interviene en la realización de un delito de acción, por ejemplo de quien teniendo el deber jurídico de evitar un resultado, no lo hace*–, nos obligamos a pensar en lo posible que resulta que el agente estatal que vigila sin hacer nada distinto, especialmente sin frustrar la continuidad del delito, termine induciendo o provocando por omisión.

Obviamente, no cualquiera podría tener las condiciones dogmáticas para ser considerado provocador por omisión, pues para ello el derecho penal deberá atenerse a la especial posición de garante del incitador. Dicho de manera directa: Quien teniendo el

9 Ley 599 de 2000.

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 de 1997.

deber de frustrar el delito no lo hace sino que decide dejar que ocurra para descubrir a sus autores, está, omisivamente, prestando condiciones necesarias para que ocurra, lo que equivale a llevar a que otro realice un delito que no se daría si el agente estatal actuara conforme a su deber, es decir, interrumpiendo.

Surge entonces, inevitablemente, el cuestionamiento sobre algunas formas omisivas de actuar de los agentes estatales, quienes, posiblemente con fundamento legal, dejan de hacer, no evitan lo evitable o no frustran lo que pueden y deben impedir, dejando que el delito iniciado continúe o llegue a su fin con el propósito de descubrir a los integrantes de una banda criminal o simplemente para lograr la responsabilidad del autor por el delito consumado. ¿Constituye entonces provocación por omisión el uso de técnicas como la vigilancia pasiva o la entrega vigilada?

No desconocemos que una respuesta afirmativa no dejaría de ser impopular, no solo por la impotencia del derecho penal tradicional ante manifestaciones delincuenciales cada día más elaboradas, sino por el aparente éxito de técnicas de investigación como la entrega vigilada. ¿Alguien puede dudar, por ejemplo, al margen del riesgo, de la utilidad, en términos de pena, de figuras como el encubierto, la infiltración o la entrega vigilada?

Ello no nos puede impedir poner de manifiesto que realmente nos parece que no hay diferencia entre el agente provocador, quien actúa positivamente (figura casi unánimemente prohibida), y aquel que, mientras otro realiza un hecho, lo vigila pudiendo prevenirlo de su continuación. De hecho, uno de los ejemplos más recurrentes para ilustrar lo que es el agente provocador es el del sujeto que deja en una oficina un objeto valioso o dinero a la vista de todos para, oculto, vigilar quién se apodera de él y con eso descubrir al responsable de hurtos pasados, cuando en realidad se trata de una vigilancia.

Pues bien, muy a pesar de la aparente eficacia de la medida que venimos comentando, tendríamos que decir que, en nuestro concepto, estamos frente a una provocación delictual por parte del Estado, y que ella resulta contraria a la Constitución Política.

C. ¿Resulta útil la medida, si lo que persigue es la prueba de delitos?

Suponiendo el escenario en el que se implementaría una entrega vigilada, diríamos, de manera muy general, que la autoridad de un estado ha descubierto un delito de transporte de mercancías que se encuentran por fuera del comercio (remesas ilícitas), en momentos en el que ya es delito, por lo menos en grado de tentativa, aunque se continuara con su desarrollo, por lo que en principio se impone su frustración, pero se prefiere renunciar a ella para lograr la identificación de los demás intervinientes en el delito, las circunstancias en que se comete (rutas, modalidad, coartadas) o cualquier dato que pueda resultar de interés para el derecho penal, en concreto para la investigación que se adelanta.

Habiendo referido arriba lo relativo a la responsabilidad del agente que vigila, por su participación omisiva en el hecho objetivamente considerado, aquí se trata de lo que algún autor denominaría, para otro tema, aunque relacionado, el “reverso del problema”, por lo que el cuestionamiento tradicional sobre la responsabilidad o impunidad del agente estatal que no frustra el delito para vigilarlo da paso aquí al de la responsabilidad o impunidad del autor o partícipe de la conducta vigilada, en tanto la medida sólo tendrá justificación, como arriba lo propusimos, si con ella se logra mejor, mayor o distinto material de evidencia que aquel con el que se contaría de interrumpir el delito de tráfico de remesas ilícitas justo en el momento en que se descubre.

Me seduce el poner de manifiesto desde ya que, en mi concepto, nunca habrá responsabilidad de quien es partícipe de la entrega vigilada por los actos que se despliegan a partir del momento en que el Estado vigila, en tanto tales actos sólo son producto de la actividad del Estado provocador, y aunque también de la voluntad de quien los ejecuta, ellos no alcanzan a ser punibles.

Imaginemos el siguiente ejemplo: La policía se percató de un ladronzuelo que pretende entrar una casa para apoderarse de un televisor, pero prefiere dejarlo para sorprenderlo con “las manos en la masa” y así poder incriminarlo por el delito consumado. ¿Alguien dudaría de que la policía obró incorrectamente, contrariando su deber, y de que además el derecho penal no actuaría reprochando más allá de aquello que el sujeto realizó antes de la intervención policiva?

La cuestión es: ¿Por qué el derecho penal no reprocha lo que va desde la intervención policiva en el caso de ladrón de poca monta? La respuesta no es otra que la que sigue:

En cualquier caso, pero especialmente en delitos de peligro común, la seguridad del Estado, la salud pública o similares, es indispensable que el hecho, además de ser típico, sea antijurídico, es decir, que constituya un desvalor de resultado y una antijuridicidad material, entre otras.

Pues bien, un hecho cuyo desenlace es vigilado y controlado por la autoridad, es decir por el Estado, no puede ser desvalorado en el resultado por lo que tal, como fundamento del injusto, resulta siendo imposible. En cualquier caso, cuando el desarrollo de la conducta está vigilado, con mayor razón si está controlado, no hay ningún bien jurídico en riesgo, luego no hay bien jurídico para lesionar.

Es decir, a partir del momento en que la autoridad vigila en la entrega vigilada, no hay actos de los cuales se pueda predicar su contradicción con el derecho, como tampoco actos que puedan generar puestas en peligro o lesiones a bienes jurídicos.

Si ello es así, como en efecto lo es, los actos subsiguientes o concomitantes a la vigilancia estatal no son injustos y no son lesivos. Lo que no es lesivo, ni puede llegar

a serlo, no es punible, pues la intervención penal del Estado sólo se justifica en tanto pretenda la protección de los bienes jurídicos.

Sin más, en los casos en que se implementa una entrega vigilada por el descubrimiento de un delito de tráfico en desarrollo, da lo mismo vigilar lo que en adelante sigue, porque la evidencia que de ello se obtenga es evidencia de hechos inocuos para el derecho penal, y los anteriores, que sí son relevantes, no se pueden probar con lo ocurrido con posterioridad y bajo vigilancia estatal.

Nos parece, entonces, que ante el descubrimiento de un delito de tráfico de remesas ilícitas se debe actuar conforme al deber del Estado transparente, es decir interrumpiendo el delito al servicio de la prevención y no entrapando a quien no resultará responsable, a pesar de su desvalor de acción.

III. CONCLUSIÓN

Lo cierto es que la entrega vigilada es una medida consagrada en la Convención de Viena, pero ello no es razón para asumir que era o es una obligación derivada de compromisos internacionales el consagrarla en nuestra legislación interna, no solo porque el mismo texto del artículo 11 de la citada normativa advierte que los estados adoptarán las medidas para su implementación siempre que “*sus principios básicos*” lo permitan, y en segundo lugar porque si de allí surge un compromiso, éste es de carácter internacional, por lo que no puede tenerse como parapeto de justificación legislativa del artículo 243 del CPP el 11 de la Convención de Viena.

En efecto, en lo que hace a lo internacional es claro que lo que la convención motiva es la regulación de medidas de colaboración interestatal y no exactamente lo que la Ley 904 dispuso. Por su puesto, no queremos decir con ello que no esté justificada, sólo que no es la flamante Convención de Viena la que lo hace, con lo cual habrá que desmitificar la afirmación de que con su consagración se honraron compromisos internacionales.

Por su parte, aun en el caso en que la figura del 243 del CPP se hubiera originado en lo que dispuso la Convención de Viena, me parece que no habría entonces imperiosidad de consagrarla en tanto, en mi concepto, choca frontalmente con los principios básicos que regentan nuestro sistema penal como lo son el Estado transparente, la dignidad humana y la antijuridicidad material como fundamento de pena, entre otros.

