

LUIS ALBERTO PÁEZ DURÁN

LAS FIGURAS JURÍDICAS DE LA 'STING OPERATION' Y 'MR. BIG' COMO  
RESPUESTA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN COLOMBIA

(Tesis de Grado)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO:

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA:

DR. JAIME BERNAL CUELLAR

DIRECTOR DE TESIS:

DR. CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

EXAMINADORES:

DR. MANUEL CORREDOR PARDO  
DR. DARÍO BAZZANI MONTOYA

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	5
I. Problema .....	5
II. Objetivos .....	9
a. Objetivo general .....	9
b. Objetivos específicos .....	9
III. Hipótesis de investigación .....	9
CAPÍTULO II .....	10
MARCO TEÓRICO .....	10
I. ANTECEDENTES .....	10
a. Agente encubierto .....	10
b. Entrampamiento .....	14
II. BASES TEÓRICAS .....	19
a. Agente encubierto .....	19
b. Entrampamiento .....	35
c. Sting Operation .....	38
A. Ventajas y desventajas .....	42
d. Mr. Big .....	47
A. Ventajas y desventajas .....	50
CAPÍTULO III .....	53
PROCEDENCIA DE LA STING OPERATION Y EL PROCEDIMIENTO MR. BIG EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COLOMBIANO .....	53
I. Problemas en la aplicación práctica de la Sting Operation y Mr. Big en sus países de origen .....	53
II. Posibles problemas en una hipotética aplicación práctica de la Sting Operation y Mr. Big en Colombia .....	57
III. ¿Qué se puede rescatar de la Sting Operation y Mr. Big, para con el derecho procesal penal colombiano? .....	63
A. Hacia un régimen jurídico de las operaciones encubiertas nacionales mayormente delimitado .....	69
CONCLUSIONES .....	72
BIBLIOGRAFÍA .....	74

## INTRODUCCIÓN

El último informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia<sup>1</sup>, publicado el 14 de marzo de 2019, plasmó una situación quizás algo conocida por cualquier colombiano, no obstante, no con el detalle y la gravedad que envuelve el documento: la impunidad en Colombia con relación al procesamiento de conductas de homicidios dolosos, para el año 2018, alcanzó entre el 86.58% y el 94.30%, solo estimando aquellos casos de conocimiento de las autoridades (es decir, no incluyendo cifras negras de criminalidad<sup>2</sup>).

La ineficiencia de la administración de justicia en este ámbito ha contribuido – definitivamente– a la emergencia de una perspectiva negativa dentro la sociedad con respecto al sistema de justicia colombiano. No en vano, los diversos problemas que desembocan en esa ineficiencia o mal funcionamiento han significado, ciertamente, una:

[...] insatisfacción amplia, y podría señalarse de creciente, de la ciudadanía frente al ejercicio de la justicia como herramienta clave para la solución pacífica e institucionalizada de los conflictos (...) en últimas, agregan mayores razones y motivaciones para aumentar lo que se podría denominar como el malestar ante o con la justicia.<sup>3</sup>

Medios de comunicación y distintas ONG, de igual manera, informan que, pese al acuerdo de paz llevado a cabo por el Gobierno Nacional y las Fuerzas

---

<sup>1</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Situación de los derechos humanos en Colombia. Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, p. 9.

<sup>2</sup> TAMAYO, Fernando León & NORZA, Eryvn. Midiendo el crimen: cifras de criminalidad y operatividad policial en Colombia. Revista Criminalidad, 60(3). 2018, p. 51: “[...] la medición de la criminalidad presenta diversos retos que ni siquiera pueden enfrentarse a través del aumento de la capacidad institucional de recoger información, pues siempre existen delitos que escapan al lente institucional, sea por falta de denuncia o por simple desconocimiento de los hechos. La llamada “cifra negra” de la criminalidad [...] hace sospechar que siempre existe subregistro en las cifras del crimen”.

<sup>3</sup> DÁVILA, Andrés. Justicia e impunidad en Colombia: reflexiones a propósito de una reforma ¿fallida?, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, 2012, p. 2.

Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) y firmado en su versión definitiva el 24 de noviembre de 2016, grupos armados ilegales y organizaciones criminales continúan ampliando su rango de acción en zonas sensibles del país, por lo que el Gobierno Nacional ha indicado recientemente que existen más de 2.400 grupos armados y delincuencia organizada haciendo presencia en el país<sup>4</sup>.

Ante esta situación, la cuestión del uso de agentes encubiertos, como herramienta de lucha contra la criminalidad organizada<sup>5</sup>, cobra mayor relevancia. Sin embargo, la observación jurídica de esta figura, y la inevitable búsqueda de límites con relación a su conducta y las operaciones específicas que pueden llevar a cabo, continúa teniendo poca referenciación en la investigación científico-jurídica nacional.

El marco legal colombiano de este tipo de operaciones de infiltración es sucinto<sup>6</sup>, pero la realidad de las operaciones encubiertas, tanto en una primera fase de

---

<sup>4</sup> LANDÍNEZ, Damián. Hay más de 2.400 grupos armados y de delincuencia organizada en Colombia [en línea]. Disponible en Bluradio: <https://www.bluradio.com/nacion/hay-mas-de-2400-grupos-armados-y-delincuencia-organizada-en-colombia-205207-ie430>

<sup>5</sup> Consistiendo esta lucha en varios propósitos, de acuerdo con el Manual de Policía Judicial: “(i) determinar la estructura de la organización, (ii) establecer la identidad de sus miembros y los roles logísticos que cumplen, (iii) conocer las actividades primarias y secundarias del grupo y modus operandi a través del cual las desarrollan, (iv) determinar el señalamiento de los contactos con el medio lícito e ilícito, (v) determinar el empleo o uso de la violencia, (vi) conocer la interacción con otros grupos delictivos organizados, (vii) establecer las logísticas de financiación y mercadeo, (viii) conocer los mecanismos de procuración de sus actividades, (ix) determinar las oportunidades de prevención, (x) detectar los bienes y recursos de la organización, entre otras”. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual único de Policía Judicial. Versión N. 2. Bogotá, D.C.: Consejo Nacional de Policía Judicial. 2018, p. 34.

<sup>6</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal]. Bogotá, D.C. Art. 241 y ss.; COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128. [Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública]. Bogotá, D.C.; COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 898 del 29 de mayo de 2017. [Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la

decidir, por parte del ente acusador, si el uso de una de estas figuras es meritorio o no en un caso concreto, y en una segunda fase de las particularidades alrededor de la efectiva ejecución de la operación, implica el tratar siempre de afinar sus procedimientos hacia una reglamentación más adecuada, la protección de derechos fundamentales y el cumplimiento de fines constitucionales de manera eficaz.

En el presente trabajo investigativo, pretendemos ofrecer una nueva mirada a las cuestiones anteriormente relatadas, trayendo a colación dos figuras específicas del derecho comparado, las cuales lidian con aspectos muy similares del enfrentamiento contra la criminalidad organizada: la Sting Operation, como procedimiento policial muy usado en el ordenamiento jurídico estadounidense; y el Mr. Big, como procedimiento policial empleado en el ordenamiento jurídico canadiense.

Desde la óptica estadounidense, por una Sting Operation se entiende una técnica común pero controversial en la cual, a través de medios encubiertos, las autoridades crean o facilitan el delito por el que se quiere condenar a un indiciado<sup>7</sup>. Lo anterior, usualmente lo realizan “haciendo que un agente encubierto ofrezca algún tipo de anzuelo, u oportunidad, para cometer un crimen, luego castigando a la persona que muerde el anzuelo”<sup>8</sup>.

Por otra parte, el procedimiento Mr. Big se entiende como un “procedimiento de interrogación complejo no custodial”<sup>9</sup> diseñado para recopilar confesiones de indiciados en casos de poca evidencia forense<sup>10</sup>. Desde tal perspectiva, el uso de agentes encubiertos está orientado a “reclutar” al indiciado a una

---

Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C.: Ministerio de Justicia y Derecho.

<sup>7</sup> Cfr. HAY, Bruce. Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment. *Missouri Law Review*, 70(2), 387-431. 2005.

<sup>8</sup> *Ibíd.* p. 388.

<sup>9</sup> SMITH, Steven; STINSON, Veronica y PATRY, Marc. Using the “Mr. Big” technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system?. *Psychology Public Policy and Law*, 15(3). 2009. p. 168.

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 169.

organización criminal “ficticia”, impulsarlo a realizar “delitos menores”<sup>11</sup>, pagarle por ello de manera “generosa” y, finalmente, llevar al indiciado a una entrevista –de ascenso de cargo o puesto dentro de la organización– con el jefe ficticio de la organización (el llamado Mr. Big), no sin antes presionarlo para que confiese que ha cometido un delito más grave<sup>12</sup>, teniendo esto como propósito, en la lógica interna ficticia de esa organización, el lograr una “garantía” de confianza con respecto al indiciado y que este no traicione tal confianza en un futuro<sup>13</sup>.

Como procedimiento, queremos analizar tanto a la Sting Operation como a Mr. Big en un doble sentido: (i) a la luz de su eficacia como herramienta contra la criminalidad organizada, y (ii) a la luz de su legalidad, su constitucionalidad, sus límites y sus características como procedimientos en manos del Estado. Lo anterior, en aras de contrastarlo frente a lo permitido y lo aplicable en nuestro ordenamiento nacional.

---

<sup>11</sup> SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit., p. 168.

<sup>12</sup> La razón principal por la cual el ente judicializado despliega toda la operación en primer lugar.

<sup>13</sup> SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit., p. 170.

## CAPÍTULO I

### I. Problema

Colombia ha venido enfrentando grandes desafíos en materia de administración y acceso a la justicia. Como se mencionó anteriormente, el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia<sup>14</sup> publicado el 14 de marzo del 2019, nos refirió explícitamente que la impunidad en Colombia, con relación al procesamiento de conductas de homicidios dolosos, para el año 2018 alcanzó entre el 86.58% y el 94.30%, estimando solo a aquellos casos de conocimiento de las autoridades. Como consecuencia, esto nos refrenda algo ya muy preocupante de años atrás: en el 2015, la Universidad de Las Américas de Puebla (UDLAP), México, realizó un estudio que dio lugar al denominado Índice Global de Impunidad (IGI).

En él, se analizó de manera muy seria la incidencia del fenómeno de impunidad a través de dos dimensiones: se dividió en un sentido estricto la impunidad de manera cuantitativa en tanto “delitos cometidos que han quedado sin castigar”<sup>15</sup> y, por otro lado, en un sentido amplio de fundamentos empíricos basados en el considerar las causas y condiciones que mantienen el estado de impunidad<sup>16</sup>.

Colombia, en este índice, ocupó el tercer puesto en el mundo, de países con mayor presencia del fenómeno de impunidad. Dos años más tarde, se volvió a realizar otra edición del IGI por parte del mismo Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la UDLAP, en donde Colombia descendió cinco puestos;

---

<sup>14</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op. Cit., p. 9.

<sup>15</sup> Contrastando directamente delitos cometidos con delitos procesados.

<sup>16</sup> LE CLERQ, Juan Antonio y RODRÍGUEZ, Gerardo. Global Impunity Index, primera edición. San Andrés Cholula, Puebla: Fundación Universidad de Las Américas Puebla. 2015, p. 25.

sin embargo, continúa encontrándose en la penosa octava posición, de mayor incidencia de impunidad del mundo<sup>17</sup>.

Por fuera del ámbito académico, en el 2016, el Fiscal General de la Nación de ese entonces, Néstor Humberto Martínez, afirmó:

En el 2015 se habrían cometido en el país 3.5 millones de delitos y solo se produjeron 51 000 sentencias condenatorias, lo que equivale a solo el 6% de las noticias criminales efectivas que se registraron en la Fiscalía.

Sumado a ello, recordó la encuesta de convivencia y seguridad del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), también del 2015, la cual indicó que, de cada 100 delitos, los colombianos solo denunciaban 24<sup>18</sup>.

Sin duda, esta información resulta sumamente preocupante, pues, en efecto, la impunidad conduce a la falta de confianza en las instituciones públicas y, en palabras de Herta Däubler-Gmelin, “la impunidad es simplemente la antagonista del Estado de Derecho”<sup>19</sup>.

Por otra parte, la proliferación de organizaciones criminales en Colombia es igual de preocupante. El mismo ex Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, en el 2015, manifestó que estaban identificadas 3.815 estructuras criminales<sup>20</sup>. El crimen organizado en Colombia tiene una alta presencia, el cual es propiciado, ciertamente, por las particularidades de nuestro país. De acuerdo con Buitrago, J. R. y Norza, E. (2016), “Colombia es un ejemplo paradigmático de cómo la interrelación entre el conflicto armado y la economía ilícita de las drogas puede generar una situación catastrófica para la seguridad y los derechos humanos”<sup>21</sup>. Un informe de la Fundación Paz y Reconciliación, en el

---

<sup>17</sup> LE CLERQ, Juan Antonio y RODRÍGUEZ, Gerardo. Índice Global de Impunidad, primera edición. San Andrés Cholula, Puebla: Fundación Universidad de Las Américas Puebla. 2017.

<sup>18</sup> REDACCIÓN NOTICIAS RCN. La impunidad en Colombia es del 99 %: Néstor Humberto Martínez [en línea]. 2016. Recuperado el 15 septiembre de 2019: <https://noticias.canalrcn.com/nacional-justicia/impunidad-colombia-del-99-nessor-humberto-martinez>.

<sup>19</sup> LE CLERQ y RODRÍGUEZ. 2015. Op. Cit., p. 21.

<sup>20</sup> REDACCIÓN NOTICIAS RCN. Op. Cit.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ, Mabel. Narcotráfico y crimen organizado. Barcelona: Icaria Antrazyt. 2014.

año 2019, dibujó un panorama alarmante, puesto que indicó que, en cuanto a estructuras criminales organizadas<sup>22</sup>:

- Con respecto a disidencias de las FARC, estas operan en 85 municipios, agrupadas en 23 estructuras, y cuentan con cerca de 1.800 exguerrilleros, con cerca de 300 nuevos reclutas.<sup>23</sup>
- En cuanto al Clan del Golfo (o Autodefensas Gaitanistas de Colombia), este tiene una muy amplia presencia en distintas regiones del país, contando en su estructura a 2.500 integrantes (aproximadamente), a los cuales debe sumársele un número indeterminado de personas vinculadas a redes de apoyo territorial.<sup>24</sup>
- Con respecto al ELN (Ejército de Liberación Nacional), cuenta con un poco más de 3.000 combatientes y tiene presencia en 136 municipios de 6 regiones: Arauca, Catatumbo, Magdalena Medio, Chocó, Cauca y Nariño.<sup>25</sup>

En ese sentido, y frente a ese desalentador panorama, se torna esencial para el Estado analizar todas las formas eficaces de luchar contra esa forma de criminalidad. Por ello, dentro de ese entendimiento se ha concebido<sup>26</sup> a las operaciones de infiltración y uso de agentes encubiertos como algunas de las herramientas ofrecidas al Estado, las cuales facilitan su ejercicio de la acción penal, con el fin de que pueda contrarrestar, de manera efectiva, las estructuras criminales organizadas.

Así, Bernal y Montealegre (2013) fueron claros al expresar que “la noción de agente encubierto que consagró nuestro ordenamiento procesal está orientada

---

<sup>22</sup> FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN. Más sombras que luces: la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque. Bogotá, D.C.: Fundación Paz & Reconciliación. 2019.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 33.

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 35.

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 41.

<sup>26</sup> ROSS, Jacqueline. Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States. *The American Journal of Comparative Law*, 62, Supplement: U.S. National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law in Vienna, Austria. 2014.; DIMITROVSKA, Aleksandra. Undercover policing: a psychological review. Conference Paper: Security concepts and policies – new generation of risks and threats. 2017; MILLER, Laurence. Undercover Policing: A Psychological and Operational Guide. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 21(2), 1-24. 2006.

a enfrentar la criminalidad organizada”<sup>27</sup>. No obstante, cabe anotar que existe un límite el cual tanto la ley, como la jurisprudencia constitucional colombiana, han marcado sobre la figura del agente encubierto, esto es, el rechazo de lo que doctrinariamente se denomina “el agente provocador”. Como consecuencia, le es prohibido al agente encubierto, en virtud del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. La Corte Constitucional, en sentencia C-176 de 1994, indicó:

Por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.<sup>28</sup>

El anterior pensamiento fue refrendado en la Sentencia C-156 de 2016<sup>29</sup>, en tanto que los agentes encubiertos “no pueden provocar el delito”.

Las dos figuras jurídicas que se analizarán en esta investigación: Sting Operation y Mr. Big, conllevan dilemas ético-jurídicos de gran relevancia frente a la problemática anteriormente planteada. Su alcance, su eficacia y las injerencias en garantías fundamentales que entrañan, serán vistas de manera detallada en los dos siguientes capítulos del este ejercicio investigativo; pero un elemento esencial y común a las dos figuras, es el gran éxito, en términos del logro de sentencias condenatorias para casos complejos, que han tenido en sus respectivos ordenamientos procesales. De esta manera, se hace pertinente, para el desarrollo de la presente investigación, plantear la siguiente pregunta problema: ¿Pueden las figuras jurídicas de la Sting Operation y Mr. Big ser aplicadas en Colombia?

---

<sup>27</sup> BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El proceso penal. Tomo II: Estructura y garantías procesales. 6ª ed., Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2013, p. 275.

<sup>28</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 del 12 de abril de 1994. Sala Plena, M. S.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C.

<sup>29</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 del 6 de abril de 2016. Sala Plena, M. P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C.

## **II. Objetivos**

### **a. Objetivo general**

Determinar si las figuras jurídicas de la Sting Operation y Mr. Big pueden llegar a ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano como herramientas de solución a los problemas de criminalidad organizada e impunidad que enfrenta Colombia.

### **b. Objetivos específicos**

- Explicar de manera concreta las figuras de la Sting Operation y Mr. Big, de acuerdo con la doctrina y su aplicación a casos concretos.
- Determinar las ventajas y desventajas de la aplicación práctica de las figuras jurídicas de la Sting Operation y Mr. Big.
- En caso de no encontrarse precedentes las figuras nombradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, identificar algunos de sus elementos individuales, que sí pudieran tener cabida en Colombia.

## **III. Hipótesis de investigación**

Debido a la cercanía que las figuras Sting Operation y Mr. Big trazan con la “provocación” como herramienta de ejecución del procedimiento, tal situación significaría su muy probable inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, máxime al tener en cuenta las prohibiciones legales y jurisprudenciales existentes en nuestro ordenamiento procesal, con respecto al agente encubierto.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### I. ANTECEDENTES

##### a. Agente encubierto

Aun cuando en el mundo se ha conocido del uso de técnicas de infiltración y espionaje desde hace mucho tiempo<sup>30,31</sup>, propiamente del uso de agentes de policía de manera encubierta, se tiene registro tan solo desde comienzos del siglo XIX. Eugène François Vidocq era un criminal francés el cual, a sus 34 años, buscó a un jefe de policía en París tanto para entregarse a sí mismo a la justicia, como para ofrecer su ayuda a esta y a la ley como informante. El jefe del Departamento Criminal de la Gendarmería, Jean Henry, en principio lo arrestó, aceptando, sin embargo, la oferta de Vidocq y empleándolo como informante desde dentro de su cárcel en Bicêtre. No obstante, ello le acarreó buenos resultados a Henry, tanto que, tiempo después, organizó una “fuga” ficticia de Vidocq, de manera que este le pudiera seguir prestando sus servicios desde la clandestinidad bajo la identidad asumida de “Jean Luise”.

A finales de 1811, Vidocq finalmente organizó, con fondos del Departamento Criminal, una brigada de agentes (vestidos de civil), con algunos exconvictos, y realizaron operaciones de lucha contra el crimen organizado, en todo París, bajo el mando directo de Vidocq, pero también recibiendo dirección de Henry. A esta brigada se le llamó *Brigade de la Sûreté* (o brigada de seguridad). El éxito de esta brigada, en su propósito, llevó a que, al año siguiente, fuese convertida oficialmente en parte de la policía francesa. Vidocq relató que su fuerza policial de agentes encubiertos comenzó con él solo, y después: “tuve 4 agentes,

---

<sup>30</sup> TZU, Sun. El arte de la guerra, Capítulo XIII. Nisi Lex Editores, 1999.

<sup>31</sup> Bruce Hay nos relata que los inquisidores de la Iglesia Católica urgían encubiertamente a algunos de sus parroquianos a cometer herejías, para posteriormente excomunicar a los que efectivamente las cometían. HAY. Op. Cit., p. 392.

después 6, posteriormente 10 y finalmente 12”<sup>32</sup>. Por otra parte, comentó que tan solo en el año de 1817, su brigada efectuó 772 arrestos y 39 decomisos de bienes robados, siendo ampliamente exitosa, en este respecto, para la época.

Las actividades de Vidocq y su “brigada de la seguridad” eran extensas y, entre ellas, estaba el inducir o provocar a sujetos –de esas organizaciones criminales que infiltraban– a cometer delitos, para luego efectuar sus arrestos<sup>33</sup>.

Pasando a otro contexto, en el Reino Unido de Gran Bretaña, para la década de 1880, el uso de agentes encubiertos, en parte por influencia continental francesa, se empezó a extender como consecuencia de la situación política en Irlanda. Las amenazas percibidas por el establecimiento, de movimientos sociales y nacionalistas irlandeses, generó la necesidad de crear la denominada Special (Irish) Branch (o “departamento especial”) de la Policía Metropolitana. Esta unidad llevó a cabo operaciones encubiertas a gran escala con el fin de capturar terroristas irlandeses, detener el anarquismo violento y vigilar refugiados políticos de Rusia, Francia y Alemania. De igual manera, tuvo tanto éxito que para el comienzo del siglo XX ya hacía parte de una red internacional de departamentos de policía encubierta en el Europa continental<sup>34</sup>.

Por su parte, en los Estados Unidos de América, la primera mitad del siglo XIX dio lugar a la incipiente creación de Departamentos de Policía en varias ciudades del país. No obstante, el uso de agentes encubiertos de manera centralizada no había despegado aún por la conocida naturaleza federal del país. Sin embargo, después de la Guerra Civil, hubo un crecimiento del uso de agentes encubiertos por parte de la policía federal en los estados del sur, para asegurar el

---

<sup>32</sup> Cfr. VIDOCQ, Eugene Francois. *Memoirs of Vidocq - Principal Agent of the French Police*, Philadelphia: E. L. Carey & A. Hart, Chesnut Street., 1834; CORIA, Javier. De leyenda: Vidocq, de ladrón a policía Clío: *Revista de historia*, (35), 2004, pp. 66-69; DIRDA, Michael. ‘The First Detective’: A devil extraordinaire. [en línea], 2011. Consultado el 15 de septiembre de 2019. Disponible en The Washington Post: [https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fentertainment%2fbooks%2fthe-first-detective-a-devil-extraordinaire%2f2011%2f05%2f25%2fAGckqbHH\\_story.html%3fnoredirect%3don&noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fentertainment%2fbooks%2fthe-first-detective-a-devil-extraordinaire%2f2011%2f05%2f25%2fAGckqbHH_story.html%3fnoredirect%3don&noredirect=on)

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> FIJNAUT, Cyrille y MARX, Gary. *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*. La Haya, Países Bajos: Springer. 1995, p. 9.

cumplimiento del respeto de los derechos civiles de la población afrodescendiente, así como el perseguir a los cerveceros ilegales<sup>35</sup>.

Más adelante, la segunda mitad del siglo XIX presentó un incremento en el uso de informantes y agentes encubiertos, pues “el engaño y las artimañas se consideraban necesarios para responder a los estafadores, carteristas, falsificadores, ladrones de cajas fuertes y conspiradores ideológicamente inspirados que aparecían cada vez en mayor número” (Fijnaut, Marx, 1995, p. 10) En efecto, la naturaleza planeada y conspiracional de actividades realizadas por organizaciones criminales, donde no era fácil recopilar evidencia a través de medios “descubiertos”, fue el empujón necesario para incentivar medios “encubiertos” de descubrimiento. La habilidad que se evaluaba para reclutar a un prospecto de agente encubierto se basaba en el conocimiento y contacto que tuvieran previamente con los criminales. De manera similar a la infiltración que Reino Unido realizó en Irlanda, Estados Unidos hizo lo propio con agentes encubiertos enfocados en infiltrarse en barrios de inmigrantes italianos, creando efectivamente el denominado Italian Squad<sup>36</sup>.

El comienzo del siglo XX, en los Estados Unidos, trajo consigo un cambio de perspectiva en cuanto a la aplicación de agentes encubiertos de manera centralizada. Con el trasfondo de los asesinatos, a manos de anarquistas, del presidente francés Marie François Sadi Carnot (en el año 1894), el primer ministro español Antonio Cánovas del Castillo (en el año 1897), la emperatriz Isabel de Austria y Reina de Hungría (en el año 1898), el Rey de Italia Humberto I de Saboya (en el año 1900) y el presidente estadounidense William McKinley (en el año 1901), el vicepresidente de este último, Theodore Roosevelt, al asumir el poder, declaró a la anarquía como un ‘crimen contra toda la raza humana’<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> FIJNAUT, Cyrille y MARX, Gary. *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*. La Haya, Países Bajos: Springer. 1995, pp. 10-11.

<sup>36</sup> MARX, Gary. *Undercover: Police Surveillance in America*. University of California Press, 1988. p. 29.

<sup>37</sup> WOLREICH, Michael. *Theodore Roosevelt: The Original War on Terror*. [en línea]. 2016. Consultado el 13 de enero de 2019 en *The History Reader*: <https://www.thehistoryreader.com/modern-history/theodore-roosevelt-war-terror/>

Consecuentemente, Roosevelt realizó esfuerzos para prohibir a revolucionarios y subversivos el vivir en los Estados Unidos, forzando, a través del Departamento de Justicia, la creación de una oficina de investigaciones que solo responderían ante el Fiscal General, en el afán de monitorear a aquellos subversivos y anarquistas que habían venido realizando asesinatos de alto perfil. No obstante, la creación de esta oficina no fue fácil, pues el Congreso temía la creación de una policía secreta; sin embargo, y en contra de la voluntad de la Cámara de Representantes, Roosevelt, por intermedio de su Fiscal General Charles Bonaparte, creó en 1908 lo que se llamaría más tarde la Federal Bureau of Investigation, o FBI<sup>38</sup>.

Bonaparte intentó apaciguar los miedos de la Cámara, asegurando que esta nueva institución solo investigaría y fiscalizaría violaciones a normas *anti-trust* o a leyes de comercio interestatal, y no monitorearía opiniones políticas disidentes. Sin embargo, con la Primera Guerra Mundial y el consecuente 'Temor Rojo' que desencadenó la revolución rusa de 1917, esa oficina empezaría a hacer exactamente aquello que Bonaparte negaba: monitorear un gran espectro de organizaciones de activistas liberales y radicales, sindicalistas y miembros de la American Civil Liberties Union, en búsqueda de simpatizantes al comunismo<sup>39</sup>.

De entre todas las medidas de vigilancia e inteligencia a gran escala que esta oficina predecesora del FBI empezó a desplegar (para procurar el fin anteriormente referido), los agentes encubiertos fueron uno de los métodos que fueron teniendo cada vez mayor cabida en el procedimiento de la organización, siendo usados, por ejemplo, para infiltrarlos en una manifestación con el propósito de identificar quién hacía parte de ellas, y así poder incluirlos en listas de vigilancia constante bajo sospecha de subversión<sup>40</sup>. El ascenso a la dirección de esta oficina de investigación de J. Edgar Hoover y su largo periodo de más

---

<sup>38</sup> MELGAR, Mario. Reseña de "A History Of The FBI: Tim Weiner". Revista Mexicana de Derecho Constitucional "Cuestiones Constitucionales", (27). 2012, pp. 409-420.

<sup>39</sup> FORREST KEEN, Mike. Stalking Sociologists: J. Edgar Hoover's FBI Surveillance of American Sociology. Editorial Routledge, 1999.

<sup>40</sup> MELGAR. Op. Cit.

de 48 años (1924-1972) al frente de ella, solo sirvió para solidificar al FBI en estas prácticas, tanto por su talante personal consistente en oposición absoluta al comunismo, como su irrespeto generalizado por las libertades individuales<sup>41</sup>.

Adicionalmente, la Segunda Guerra Mundial, la posterior Guerra Fría, el crecimiento protestas pacifistas y movimientos de derechos civiles continuaron garantizando un ambiente de tensión permanente, manteniendo el FBI en constante vigilancia a personajes como Martin Luther King Jr., John Lennon, Muhammad Ali o Malcolm X<sup>42</sup>.

En el Reino Unido, por su parte, para el año de 1954 el comisionado de la Policía Metropolitana de Scotland Yard, describía como objetivo de la antes mencionada Special Branch el “vigilar a todas las personas, de cualquier complejión política, cuyas actividades parece probable que resulten, tarde o temprano, en actos de sedición o desorden”<sup>43</sup>. En el año 1968, como respuesta al aumento de las protestas en contra de la guerra de Vietnam y la oleada de lo que se consideró como un “creciente movimiento anárquico”, el jefe de policía Conrad Dixon ordenó crear una nueva unidad más especializada, llamada la Special Demonstration Squad. Esta unidad no concretaba su accionar al estilo de la Special Branch, llevando a cabo una operación encubierta en donde los agentes podían hacer parte de ella y, consiguientemente, retornar a sus deberes como uniformados; sino que, por el contrario, estos agentes “vivían” a largo plazo dentro de las culturas de los grupos a los cuales se infiltraban<sup>44</sup>.

## **b. Entrampamiento**

---

<sup>41</sup> MELGAR. Op. Cit.

<sup>42</sup> THOMSON REUTERS. Details of FBI monitoring of Muhammad Ali become public [en línea], 2016. Consultado el 4 de enero de 2019: <https://www.cbc.ca/news/world/muhammad-ali-fbi-monitoring-1.3899580>

<sup>43</sup> ROSE, Drew. Policing Dissent: A Brief History of Undercover Cops [en línea]. 2014. Consultado el 2 de enero de 2019 en The Occupied Times: <http://theoccupiedtimes.org/?p=13479>

<sup>44</sup> Cfr. Ibíd.

Considerado –en términos generales– el entrampamiento, en la doctrina estadounidense, como un argumento de defensa<sup>45</sup> –ante una imputación penal– consistente en que un funcionario de policía ejerció coerción o indujo a alguien a cometer un delito<sup>46</sup> (sin extendernos más en ello acá, pues el tema será tratado más detenidamente en el segmento de bases teóricas y marco conceptual de esta investigación), su entendimiento ha tenido antecedentes interesantes para considerar.

Como lo explicó Paul Marcus (1986) en su artículo *The Development of Entrapment Law*<sup>47</sup>, el argumento de defensa del Entrampamiento no fue históricamente aceptado por las cortes inglesas e incluso, para la época de la publicación del artículo seguía sin serlo. Marcus señala sentencias hito en este respecto: en 1774, un bandolero no se podía excusar de un hurto con el argumento de que la víctima expuso su mercancía a la espera de ser robado<sup>48</sup>; en 1810, un cajero de banco no se podía excusar de comprar billetes falsos, con el argumento de que lo hizo con el propósito de ser detectado y procesado, aún si fue requerido para hacerlo por su propio banco<sup>49</sup>.

En un caso de 1880<sup>50</sup>, un policía encubierto acudió a una farmacia, donde el acusado, químico, trabajaba. Allí, el policía insistió en que era el amante de una mujer casada y necesitaba una solución química para realizar un aborto. La insistencia del agente fue tal que el químico finalmente accedió, vendiéndole una fórmula. En este caso, aún ante la clara inducción del agente estatal, la defensa ni siquiera alegó el entrampamiento, sino que la inexistencia de la presunta mujer que abortaría significaba una insuficiencia probatoria para soportar la imputación.

---

<sup>45</sup> Y consecuente exoneración de responsabilidad penal.

<sup>46</sup> BERGMAN, Paul. What Is Entrapment? [en línea]. s.f. Recuperado el 15 de septiembre de 2019: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/entrapment-basics-33987.html>

<sup>47</sup> MARCUS, Paul. *The Development of Entrapment Law*. *The Wayne Law Review*, 33(1). 1986, pp. 5-37.

<sup>48</sup> Citado por BERGMAN. Op. Cit., como el fallo “Norden’s Case, Fost. Crim. Cas. 129”.

<sup>49</sup> Citado por MARCUS. Op. Cit., como el fallo “Regina v. Holden, 127 Eng. Rep. 1107 (Cr. Cas. Res. 1810)”.

<sup>50</sup> Citado por el artículo íbid. como el fallo “Regina v. Titley, 14 Cox Crim. Cas. 502 (Cent. Crim. Ct. 1880)”.

Por otro lado, existió un caso, *Blaikie v. Linton*<sup>51</sup>, de un condenado por vender whisky sin tener un certificado legal de acuerdo con la *Public-Houses Act* de 1862, a un agente encubierto empleado con el propósito específico de inducirlo a vendérselo. El acusado alegó entrampamiento, y el juez, como se menciona, aun así condenó (no obstante, suspendió la sentencia sin motivación). En opinión de Marcus, todas estas decisiones de las cortes inglesas no significaban insensibilidad ante una víctima inocente inducida por prácticas estatales, sino la suposición generalizada de que el inducido estaba usualmente predispuesto a cometer el acto punible.

En Estados Unidos, por el contrario, el argumento de defensa del entrampamiento –en su surgimiento–, tuvo un poco más de cabida, pero lentamente. Inicialmente, a través del siglo XIX, la opinión de las cortes americanas era similar a las inglesas, indicando el fallo *People v. Mills* de 1904 ese sentimiento, al expresar: “Se nos solicita proteger al acusado, no porque es inocente, sino porque un celoso funcionario público excedió sus poderes y puso una carnada. Los tribunales no miran quién sostuvo la carnada, sino para ver quien la tomó”<sup>52</sup>.

Las raíces de la aceptación del argumento del entrampamiento se fueron, sin embargo, empezando a divisar, comenzando con una opinión de un magistrado de la Corte Suprema de Michigan, al revocar una sentencia de primera instancia:

No puedo .... permitir en silencio que el curso extraordinario adoptado por los agentes de policía en este caso pase desapercibido y sin reproche.

La conducta seguida por los oficiales en este caso fue totalmente indefendible. Cuando una persona que contempla la posibilidad de cometer un delito se acerca a un agente de la ley, y pide su ayuda, parecería ser el deber de este último, de acuerdo con los más sencillos principios del deber y la justicia, el

---

<sup>51</sup> Citado por el artículo *ibid.* como *Blaikie v. Linton*, 14 Cox Crim. Cas. 502 (Cent. Crim. Ct. 1880).

<sup>52</sup> Citado por MARCUS. Op. Cit., como el fallo *People v. Mills*, 178 N.Y. 274, 289, 70 N.E. 786, 791 (1904).

negarse a prestar esa ayuda, y de adoptar medidas –como fuera probable– que previnieran la comisión del delito, y tendieran a elevar y mejorar al posible criminal, en cambio de a su mayor descrédito. Algunos tribunales han hecho mucho para dar aliento a los detectives en algunos métodos muy cuestionables adoptados por ellos para descubrir la culpabilidad de los criminales; pero aún no han llegado tan lejos, y confío en que nunca lo harán, como para prestar ayuda o aliento a oficiales que puede que, bajo un sentido equivocado del deber, alienten y ayuden a las partes a cometer delitos, para que puedan arrestarlos y castigarlos.<sup>53</sup>

El *statu quo*, sin embargo, se mantuvo mayoritariamente (especialmente en jurisdicciones estatales) hasta que en jurisdicción federal se presentó el caso *Woo Wai v. United States*, de 1915. A los acusados se les endilgaba el conspirar y traer ilegalmente ciudadanos chinos desde México hasta los Estados Unidos. En la práctica probatoria se demostró que el acusado fue muy reacio a realizar la conducta punible, siendo firme en que era ilegal y que no tomaría parte, pero finalmente siendo persuadido después de insistentes solicitudes por parte de los agentes estatales. La opinión de un juez de la Corte de Apelaciones, revocando la condena de primera instancia, indicó:

Somos de la opinión, que va contra la política pública el confirmar una condena obtenida en la manera que se demostró en este caso... y que una política pública adecuada puede ser refrendada solo negando la criminalidad de aquellos inducidos a cometer actos que infringen la letra de los estatutos criminales.<sup>54</sup>

Para Marcus, este fallo marcó un antes y un después, pues a partir de él se formó la moderna doctrina del entrampamiento con énfasis en el origen del dolo ('origin of intent'): el argumento de defensa sería procedente solo en casos donde el delito se originó en las mentes de los agentes encubiertos y estatales, en lugar de la del acusado.

---

<sup>53</sup> Citado en MARCUS. Op. Cit. como el fallo *Saunders v. Michigan*, 38 Mich. 218 (1878).

<sup>54</sup> Citado en *Ibid.*, como el fallo *Woo Wai v. United States*, 223 F. 412 (9th Cir. 1915).

Sin embargo, otro fallo que resulta pertinente mencionar en la construcción del concepto de entrapamiento, es aquél que sería expuesto años más tarde, en 1932: *Sorrells v. United States* delimitó el trasfondo teórico del origen del dolo anteriormente referido, manifestando la Corte:

El Congreso no pretendió que sus procesos de detección y policía fueran abusados por la instigación hacia un acto [criminal], de funcionarios públicos contra personas de otra forma inocentes, con el fin de dirigirlos hacia su comisión y por ello castigarlos.<sup>55</sup>

Dicha situación, sin duda, derrota cualquier pretensión punitiva de la Fiscalía, con la premisa de que el acusado nunca puede ser culpable. Así, se ideó un concepto de “predisposición”, cuya ausencia se consideraría como intrínseca al entrapamiento. Si un determinado sujeto, víctima de una actividad encubierta estatal, no estaba predispuesto a cometer el delito por el que se le acusa, “siempre fue inocente”, y solo cometió el delito por la intervención estatal<sup>56</sup>.

Esta postura teórica, alrededor del entrapamiento, sobrevivió a opiniones críticas de algunos magistrados minoritarios, prevaleciendo en las decisiones mayoritarias de *Sherman v. United States* de 1958, *United States v. Russell*<sup>57</sup> de 1973 y *Hampton v. United States* de 1976.

---

<sup>55</sup> Citado en MARCUS. Op. Cit., p. 16.

<sup>56</sup> Cfr. MARCUS. Op. Cit.

<sup>57</sup> En donde el magistrado ponente William Rehnquist incluso se refirió a cuestiones como política criminal o lucha contra el narcotráfico, como razones que hicieron necesarias el tipo de operaciones encubiertas que llevaron a cabo las fuerzas de policía en el caso en concreto.

## II. BASES TEÓRICAS

### a. Agente encubierto

Los agentes encubiertos, anteriormente, eran concebidos como elementos pertenecientes a una táctica de investigación, de acuerdo con Jacqueline E. Ross (2014), “proactiva que permite a los agentes de policía y a los informantes infiltrarse en organizaciones delictivas o poner a prueba la resolución penal de los presuntos delincuentes, a través de disfrazar sus identidades y orquestando oportunidades criminales”<sup>58</sup>.

De manera alterna, Aleksandra Dimitrovska (2017)<sup>59</sup>, observó a las operaciones encubiertas como alternativas o suplementos efectivos de los aproximamientos investigativos tradicionales, y definió propiamente a esas figuras como métodos estratégicos táctico-policiales complejos. Dentro de esta institución, precisó a los agentes encubiertos como aquellos oficiales de policía que son “plantados” – haciendo uso de una identidad falsa– en un entorno delictivo previamente identificado para poder detectar una estructura criminal y, principalmente, a sus líderes.

Finalmente, Dimitrovska (2017), anotó que las *actividades encubiertas* que se pueden realizar por agentes encubiertos (dentro de operaciones encubiertas) se pueden dirigir a la recolección de evidencia para la detección, clarificación o el probar actos criminales, o la prevención de delitos futuros planeados. La finalidad primordial, entonces, consiste en proveer de información adecuada los esfuerzos forenses y fiscales en la lucha contra el crimen, aun cuando los sujetos pasivos de tales operaciones no sean identificados previamente. En este punto, Neil Hibler s.f como se citó en Miller (s.f), indicó algo similar: “El fin de las operaciones encubiertas es el desarrollar evidencia de utilidad procesal

---

<sup>58</sup> ROSS. Op. Cit., p. 673.

<sup>59</sup> Cfr. DIMITROVSKA. Op. Cit.

('prosecutable evidence') que pueda llevar a un cierre, a mayor escala y a nivel de todo el sistema, de la empresa criminal"<sup>60</sup>.

Otra doctrinante, Elizabeth E. Joh (2009)<sup>61</sup>, opinó que el engaño o la mentira son elementos esenciales para diferenciar a un agente encubierto de uno no encubierto. En este respecto, indicó que puede que un agente no encubierto haga uso de engaños, por ejemplo, al mentir sobre el estatus de una investigación durante un interrogatorio que le realice a un indagado, en aras de obtener una confesión. Sin embargo, el componente cualitativo de ese engaño se limita a lo que la autora llama un *engaño de propósito* (deception of purpose).

La figura de un agente encubierto trae consigo el tipo de engaño anteriormente referido, pero incluye un tipo de engaño adicional del que carecen otras figuras: *el engaño de identidad* (deception of identity).

En concordancia con lo anterior, Joh (2009) indicó que la presencia de la institución jurídica del agente encubierto se debe principalmente a la naturaleza específica de algunos crímenes, que en muchas ocasiones envuelven actividades secretas y complejas (como el cohecho de servidores públicos, la prostitución y la manufactura de metanfetaminas, entre otros): en tales casos, anotó la autora, es casi imposible investigar su ocurrencia si la policía espera denuncias o evidencia física. De esta manera, para luchar contra esta situación, la policía debe o infiltrar las filas criminales, o hacerse pasar voluntariamente por víctimas.

Joh (2009) discrepa de Dimitrovska (2017) en un punto específico: mientras la segunda indica que las actividades referidas a una agencia encubierta se dan casi de manera subsidiaria, cuando se han agotado otras opciones, la primera nos expone que se tiende, verdaderamente, a hacer uso de este mecanismo

---

<sup>60</sup> MILLER. Op. Cit., p. 2.

<sup>61</sup> JOH, Elizabeth. Breaking The Law To Enforce It: Undercover Police Participation in Crime. Stanford Law Review, 62(1). 2009, pp. 155-199.

policial como acción inicial<sup>62</sup>. Asimismo, el agente encubierto entraña una relación polémica con la estructura en la que se integra, dando a lugar su posible participación criminal, la cual se justifica por Joh de dos formas: (i) proveer de oportunidades, a los sospechosos, de cometer la conducta punible que se busca combatir, y (ii) mantener una falsa identidad para facilitar el acercamiento con el sospechoso<sup>63</sup>.

Como características adicionales a la figura del agente encubierto, la autora señaló que, como punto cardinal de la aplicación del mecanismo del agente encubierto, se encuentra la obtención de la evidencia necesaria para procesar exitosamente a los criminales en la mira de la justicia.

En relación con lo anterior, Jacqueline Ross (2002)<sup>64</sup>, al reseñar la obra sobre agentes encubiertos de Fijnaut y Marx (1995)<sup>65</sup>, observó una razón esencial por la cual la figura del agente encubierto (de relativamente amplias potestades y en inclusión del entrampamiento) ha tenido tanta cabida en los Estados Unidos, mientras que es aborrecida en Europa Occidental. Los últimos consideran a esos métodos como similares a prácticas desacreditadas utilizadas por servicios secretos estatales, donde el uso de agentes provocadores (entendidos como aquellos agentes encubiertos que 'provocan' la idea criminal en sujetos pasivos que, al consumir la conducta, son castigados) era rutinario. En efecto, frente a este respecto, el término de *agente provocador* proviene de Francia, donde tal mecanismo policial fue usado fuertemente durante la época del terror de la revolución francesa, el yugo napoleónico e incluso después, con la ascensión de un estado central.

La figura del agente provocador se prestó para múltiples abusos, y tanto Ross como Fijnaut y Marx (1995), revelaron que a aquellos agentes se les llegó a

---

<sup>62</sup> Sobre esto, más adelante se entenderá la diferencia en perspectivas, con relación al agente encubierto, entre Europa y Estados Unidos.

<sup>63</sup> Este tema específico se tratará más a fondo en el siguiente aparte, concerniente al 'entrampamiento'.

<sup>64</sup> ROSS, Elizabeth. Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective. The University of Chicago Law Review, 69(3). 2002, 1501-1541, p. 1501

<sup>65</sup> Cfr. FIJNAUT y MARX. Op. Cit.

concebir, en la psique social, por partes iguales como un instrumento de control de crimen y también de supresión de disidencias políticas. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los autores exaltaron que las democracias europeas, en general, renunciaron a seguir haciendo uso de esas operaciones encubiertas como herramientas de lucha contra el crimen específicamente, conservando, en cierta medida, la práctica para asuntos exclusivos de seguridad nacional.

Concerniendo propiamente el origen del agente provocador, Antón s.f como se citó en Farfán Molina (2008)<sup>66</sup>, señaló que se encuentra en el absolutismo francés (donde en un principio ciertos ciudadanos realizaban cierto tipo de espionaje – poniendo hechos de su conocimiento sobre enemigos políticos ante las autoridades para recibir favores del príncipe–, pero ello posteriormente no sería suficiente para neutralizar la oposición al régimen y se hizo uso de la provocación). De esta manera, aquellos agentes incitan a otros a la comisión de delitos con el objeto de obtener pruebas de convicción; en otras palabras, la doctrina ha delimitado al agente provocador como:

Aquel que incita a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito, y poniendo las medidas necesarias para evitarlo<sup>67</sup>.

Por otra parte, Camilo Sampedro (2001), al referirse al agente provocador, señaló que a tal figura “se le ha dado justificación fundamentalmente desde la pretendida persecución de dos fines: descubrir la delincuencia desde la raíz, y lograr probar la comisión del delito provocado o de otros anteriores”<sup>68</sup>. En ese orden de ideas, explicó que “la existencia del agente provocador pretende llevar a un sujeto a realizar un delito por inducción estatal o le permite realizarlo

---

<sup>66</sup> FARFÁN MOLINA, Francisco. El agente encubierto en el proceso penal. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colección Derecho Penal No. 15. Bogotá, D.C.: Procuraduría General de la Nación. 2008, p. 31.

<sup>67</sup> *Ibíd.* p. 31, citando a C. E. Edwards en “El arrepentido, el agente provocador y la entrega vigilada” (1996).

<sup>68</sup> SAMPEDRO, Camilo. El agente provocador frente a la Constitución Nacional. Derecho Penal y Criminología, 22(71). 2001, pp. 19-22.

por omisión del mismo Estado representado en la autoridad concreta"<sup>69</sup>, y con respecto al ámbito probatorio:

[...] la prueba del provocado proveniente de la actuación del provocador, solo puede pretenderse con dos fines: buscar al responsable o responsables de un delito ya acaecido o evitar la realización o consumación de uno por venir; las dos finalidades se pretenden a través de la realización de un nuevo delito, precisamente el provocado.<sup>70</sup>

En relación con lo anterior, Ross (2002)<sup>71</sup>, manifestó que los agentes encubiertos proliferaron en los Estados Unidos, en tanto al no haber vivido las circunstancias de supresión política mediante el uso de policías secretas estatales al nivel de lo evidenciado en Europa (al menos en similar magnitud), las experiencias de la era de la prohibición y el crimen organizado de comienzos del siglo pasado, así como el narcotráfico, sirvieron como catalizadores del uso de las operaciones encubiertas.

De manera relevante, Ross (2002) señaló que la obra de Fijnaut y Marx (1995) expone, como barómetros de la aplicación de las agencias encubiertas, enfrentamientos o *trade-offs* a analizar dentro de la institución procesal. Al hablar de *trade-off*, hacemos referencia<sup>72</sup> a una suerte de solución situacional que implica el disminuir o perder una cualidad a cambio de obtener o aumentar otra cualidad, implicando así una especie de sacrificio (llamado en economía *Coste de Oportunidad*<sup>73</sup>) para obtener un fin preferido.

Consecuentemente con esta explicación, Ross (2002) señaló que la obra de Fijnaut y Marx (1995) expone unos determinados *trade-offs*, los cuales permiten

---

<sup>69</sup> SAMPEDRO, Camilo. Cit., El agente provocador frente a la Constitución Nacional, p. 20.

<sup>70</sup> SAMPEDRO, Camilo. La prueba y el agente provocador. Derecho Penal y Criminología, 24(74). 2003, pp. 161-172.

<sup>71</sup> Cfr. ROSS. Op. Cit.

<sup>72</sup> La traducción simple de la palabra *trade-off* como "compensación" no hace justicia a lo que de verdad se quiere hacer entender en el contexto de la obra citada.

<sup>73</sup> THE ENVIRONMENTAL LITERACY COUNCIL. Trade-Offs, [en línea]: Consultado el 15 de diciembre de 2019 en: <https://enviroliteracy.org/environment-society/economics/trade-offs/>

delimitar lo que queda y lo que se sacrifica si se elige hacer uso de un agente encubierto. A continuación, se señalan algunos de esos *trade-offs*:

En primer lugar, encontramos el *trade-off* de Engaño vs. Coerción: todo procedimiento policial convencional (como allanamientos, registros, interrogatorios, etc.), por su mera naturaleza coercitiva, se puede caracterizar como un mal necesario; el hacer uso de una agencia encubierta sustituye tal mal necesario por otro mal necesario (el engaño). En ese sentido, limitar las agencias encubiertas podría significar una mayor dependencia en métodos convencionales –coercitivos– y viceversa. En efecto, Ross (2002) citando a Sanford Levinson y su obra *Abscam Ethics, Moral Issues and Deception in Law Enforcement*, señaló que, el criticar las artimañas engañosas de las que puede hacer uso un agente encubierto desde posturas morales, es inconsistente con la gran voluntariedad del sistema penal de libremente ejercer métodos convencionales coercitivos<sup>74</sup>.

En segundo lugar, encontramos el *trade-off* de Prevención vs. Detección: la agencia encubierta facilita la prevención mucho más allá de la detección que el método convencional coercitivo puede ofrecer, pero tal planteamiento encuentra problemas al considerar aquella operación encubierta que promueve la conducta punible, creando el crimen en lugar de prevenirlo. Ante esto, respondieron Fijnaut y Marx (1995)<sup>75</sup> con dejar a la autoridad la potestad de escoger entre prevenir y el dejar ocurrir el crimen, si ello significa fortalecer el posterior procesamiento de tal conducta.

En tercer lugar, encontramos el *trade-off* de Privacidad vs. Autonomía: partiendo del análisis en donde la agencia encubierta afecta la autonomía de las personas –pues de alguna manera se espera una incidencia de la actuación del agente encubierto en las acciones del sospechoso, por ejemplo, al facilitar que ese

---

<sup>74</sup> Para ilustrar esto, se plantea por el autor el caso en que, si la policía deja de interrogar a un sujeto, podrían posponer su arresto y en cambio, obtener (si procede) una confesión por medio del engaño. El uso de la agencia encubierta evita tener que, por ejemplo, forzar a amigos o familiares a testificar bajo la gravedad del juramento ante una Corte.

<sup>75</sup> Cfr. FIJNAUT y MARX. Op. Cit.

sospechoso cometa la conducta punible— antes que su privacidad (pues esta es afectada mayormente por métodos como la vigilancia electrónica o la interceptación telefónica); dependiendo de circunstancias históricas, se preferirá afectar a uno u otro derecho<sup>76</sup>.

En cuarto lugar, encontramos el *trade-off* de Informante vs. Agente encubierto (propriadamente dicho): el uso de agentes encubiertos por sobre informantes civiles (visto esto de manera amplia) implica el uso de agentes entrenados, parte de fuerzas especiales, como respuesta a una labor de inteligencia, es decir, responder a un crimen que ocurre. Según Ross (2002) y Fijnaut y Marx (1995) recalcaron que el hacer mayor uso de informantes civiles significa, en mayor medida y por el contrario a los agentes encubiertos entrenados, una menor presencia de esa labor de inteligencia, de ese crimen que ocurre y en cambio, terminan siendo empleados “de manera rutinaria con ausencia de sospechosos específicos”<sup>77</sup>. En el análisis que los autores realizan al respecto de cada figura (informantes civiles y agentes encubiertos), a manera de solución expresaron que los informantes no deben sustituir a los agentes, sino sentar las bases para un uso más efectivo de aquellos agentes mejor entrenados.

En quinto y último lugar, encontramos el *trade-off* de Protección de la Sociedad al Crear Unidades Especializadas vs. Protección de la Sociedad del Abuso del Poder por tales Unidades: mientras que en Europa Occidental los órganos encargados de los agentes encubiertos son confinados a fuerzas sumamente especializadas<sup>78</sup> y aisladas de los órganos de policía en general, en Estados

---

<sup>76</sup> Ante esto, Ross, reseñando a Fijnaut y Marx, anota que de estas circunstancias históricas surgen las diferencias entre la concepción del uso del agente encubierto en Estados Unidos en contraposición a Europa Occidental: mientras que en Estados Unidos prima la privacidad y por ello se puede hacer uso de la agencia encubierta sin que sea el último recurso; en Europa se invierte esta balanza, y se prefiere hacer intrusión en la privacidad de los sospechosos a partir de interceptaciones telefónicas o vigilancia electrónica antes que intromisiones en la autonomía con el uso de agentes encubiertos, debido al desmedido uso que tuvieron bajo gobiernos autoritarios relativamente recientes (a través de expresiones en la realidad en policías secretas como la Gestapo Nazi, la OVRA en Italia, la Brigada Político-Social en España o la Direcção-Geral de Segurança en Portugal).

<sup>77</sup> ROSS. Op. Cit., p. 1512.

<sup>78</sup> Es de relevancia anotar que, así como existe este énfasis en hacer uso de fuerzas muy especializadas, de igual manera ocurre que son especiales los delitos específicos que permiten las operaciones

Unidos este estándar se ha venido abajo, y cada vez más la policía, sin importar si lo hace a través de un entrenamiento especial o por medio de una fuerza especializada, hace uso de la figura del agente encubierto.

Dentro de este último *trade-off*, es importante mencionar el señalamiento particular que los autores hacen del caso francés, ya que constituye un ejemplo de Europa Occidental en donde, además de la especialización anteriormente relatada, se intentó de manera intencional coartar también los alcances de la 'unidad especializada', suprimiendo de sus funciones aquellas prerrogativas coercitivas de las que usualmente gozan otros órganos de policía no dedicados a actividades encubiertas, y obligando a esas unidades transmitir a una policía judicial la información recopilada. Así, las funciones encubiertas de estas unidades eran limitadas, sujetas a control judicial y en donde cabía la posibilidad de que determinada evidencia se tuviera como no admisible, en cumplimiento del Código Procesal Penal<sup>79</sup>.

Consiguientemente, a partir de la diferenciación de la institución de agentes encubiertos en Estados Unidos y en Europa Occidental que se ha venido tejiendo en esta investigación, Edwin W. Kruisbergen, Deborah de Jong y Edward R. Kleemans (2011)<sup>80</sup> nos ofrecen una clasificación de tres tipos de operaciones encubiertas<sup>81</sup> desde su óptica holandesa:

La primera categoría hace referencia a operaciones encubiertas donde se hace una recopilación –y labor– de inteligencia sistemática: ello apunta usualmente a averiguar la participación y el grado o intensidad de esta, y de un sospechoso en un crimen.

---

encubiertas (en el caso de Alemania, por ejemplo, permitiéndose en crimen organizado, narcotráfico, terrorismo o en delitos políticos).

<sup>79</sup> ROSS. Op. Cit., p. 1520.

<sup>80</sup> KRUISBERGEN, Edwin y KLEEMANS, Edward. Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. *The British Journal of Criminology*, 51(2), 394-412, p. 402.

<sup>81</sup> Donde encontramos agentes encubiertos, pues ellos describen la situación desde la perspectiva de Europa Occidental, donde como ya se anotó, la aplicación de cualquier operación encubierta requiere de una unidad especializada de agentes encubiertos.

La segunda categoría hace referencia a operaciones encubiertas donde se realiza una compraventa (o intercambio de otro tipo) de propiedad ilícita (los autores acá indican propiamente *stolen property* o propiedad hurtada), drogas o armas, con el fin de obtener prueba directa de la participación de un sospechoso en el crimen.

La tercera categoría hace referencia a operaciones encubiertas similares a las de la segunda categoría, pero en vez de tener como sujeto pasivo a un individuo singular, los sujetos pasivos de estas operaciones son organizaciones criminales de mayor entidad y escala. Consecuentemente, en esta categoría se busca comprender la estructura y el modo de operación de la organización criminal.

La clasificación anterior proviene de la Ley de Poderes Investigativos Especiales Policiales (Act on Special Investigative Police Powers, más conocida como BOB Act) que entró a regir en el año 2000 en Países Bajos. Lo anterior, con el afán de (i) regular poderes investigativos; (ii) fomentar una autoridad centralizada en investigaciones criminales; y (iii) ofrecer *accountability* o una especie de rendición de cuentas en juicios orales. Considerando dicha ley, la óptica holandesa, alrededor de agentes encubiertos, parte de un entendimiento restrictivo respecto de los requisitos legales necesarios para iniciar una operación que haga uso de este tipo de agentes, exigiendo la satisfacción de dos elementos: proporcionalidad (reflejada en que toda infiltración es sólo posible cuando de los delitos más serios se trata) y subsidiariedad (comprendida de igual manera que en nuestro ordenamiento jurídico: solo puede haber infiltración si todos los otros métodos investigativos se han intentado, y han fallado)<sup>82</sup>.

En razón de la ley anteriormente comentada, además de esos requisitos legales y sustanciales, se establecieron unos requisitos procedimentales, los cuales entrañan un proceso burocrático exhaustivo garante del segundo de los objetivos mencionados en el párrafo anterior, referente al fomento de una

---

<sup>82</sup> Cfr. KRUISBERGEN, Edwin; KLEEMANS, Edward y DE JONG, Deborah. Controlling Criminal Investigations: The Case of Undercover Operations. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 6(4). 2012, pp. 398–407.

autoridad centralizada al mando de las investigaciones criminales, y más específicamente en este caso, de las operaciones de infiltración que hagan uso de agentes encubiertos. El proceso consiste en lo siguiente:

Un fiscal, quien bajo la ley holandesa tiene autoridad sobre una investigación penal, debe cumplir con reglas internas específicas y procedimientos; [...] las investigaciones especialmente grandes y de larga duración sólo pueden iniciarse después de un proceso de toma de decisiones más o menos centralizado en el que se hayan comparado los objetivos de una investigación específica con las prioridades generales de investigación. Además, cuando un fiscal tiene la intención de desplegar una operación encubierta, generalmente tiene que discutirlo con un fiscal de investigación especializado y, posteriormente, con el fiscal jefe regional. Cuando se trata del poder encubierto de mayor alcance, la infiltración, hay que cumplir otros requisitos de autorización. En tales casos, el fiscal -después de haber deliberado con el jefe regional de la fiscalía- debe presentar una propuesta fundamentada ante el Comité Central de Evaluación (abreviado en neerlandés: CTC). Si el Comité considera que la operación de infiltración propuesta es permisible, presenta la propuesta al nivel más alto de autorización dentro del Servicio de la Fiscalía, la Junta de Fiscales Generales. La Junta decide si se permite el despliegue de la infiltración. Una vez que se ha concedido esta aprobación, la continuación de la operación requiere que el fiscal presente un plan para la continuación de un proyecto, de manera constante y regular.<sup>83</sup>

Con relación a lo anterior, resulta relevante lo que Kruisbergen, Kleemans y de Jong señalan de manera académica, a efectos de delimitar lo que verdaderamente significa el éxito de una de estas operaciones, esto es, partiendo de la base de que respecto de tales operaciones y el actuar de los agentes encubiertos, nunca puede ser tan sencillo, en cada caso práctico, determinar el éxito de una operación simplemente a partir del número de arrestos y condenas que ésta conlleva.

---

<sup>83</sup> Cfr. KRUISBERGEN, Edwin; KLEEMANS, Edward y DE JONG, Deborah. Controlling Criminal Investigations: The Case of Undercover Operations. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 6(4). 2012, p. 402.

Consecuentemente, los autores han señalado una conceptualización diferente al respecto de las contribuciones reales que pueden ofrecer las operaciones encubiertas, tanto cualitativamente por su resultado, como manteniendo cuantitativamente su medibilidad.

En conexidad directa con lo anterior, de acuerdo con Kruisbergen, Kleemans y de Jong, existen tres tipos de contribuciones reales y medibles: la primera es la *inclusión*, que refiere a cuando el uso de agentes encubiertos generó evidencia que consecuentemente fue usada para condenar a un acusado. La segunda de estas contribuciones es la *exclusión* que, de manera opuesta a la inclusión, se refiere a cuando el uso de agentes encubiertos generó certeza alrededor de la no responsabilidad del sospechoso (lo que conllevaría seguidamente a archivar el proceso, precluirlo o absolver al acusado; es decir: *excluirlo* de la investigación). La tercera y última contribución es la *información orientadora*, la cual hace referencia a cuando en cambio de ofrecer *exclusión* o *inclusión*, el uso de agentes encubiertos derivó en la obtención de evidencia de utilidad para la investigación criminal, pero de manera indirecta (como, por ejemplo, el lograr conocer la manera en que la banda criminal se comunica)<sup>84</sup>.

Consecuentemente a la exposición conceptual anterior, los mismos autores son claros en señalar, dentro de la óptica holandesa, el componente jurisprudencial alrededor de las operaciones encubiertas, analizando más de 60 sentencias<sup>85</sup> en casos pertinentes. Estos encontraron que la admisibilidad de información obtenida por parte de agentes encubiertos era cuestionada, por abogados defensores, principalmente por dos argumentos jurídicos: uno referente a alegar 'entrampamiento' y otro concerniente a alegar el rompimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: los jueces, sin embargo, en su gran

---

<sup>84</sup> Cfr. KRUISBERGEN, Edwin; KLEEMANS, Edward y DE JONG, Deborah. Controlling Criminal Investigations: The Case of Undercover Operations. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 6(4). 2012, p. 403.

<sup>85</sup> Todas ellas de órganos judiciales dentro del ordenamiento interno de los Países Bajos.

mayoría desestimaron estas defensas, y en cambio se centraron<sup>86</sup> en analizar la “transparencia”<sup>87</sup>.

Ese elemento de transparencia era, en efecto, la verdadera vara de medir que los funcionarios judiciales utilizaron para determinar la admisibilidad de información obtenida por agentes encubiertos. Incluso más detalladamente, los jueces observaron el grado de revelación de información que la Fiscalía y policía ofrecían con relación a tres puntos concretos: las consideraciones decisivas para hacer uso de -y dar inicio a- una operación encubierta, las circunstancias bajo las cuales la operación encubierta fue llevada a cabo y, por último, los resultados que la operación había producido<sup>88</sup>.

Frente a los anteriores puntos comentados, Kruisbergen, Kleemans y de Jong señalan que en la gran mayoría de casos por ellos estudiados, la opinión del juez solía ser la de reconocer que le fue presentada amplia información al respecto de la operación, en cada uno de los tres puntos concretos arriba comentados. Sin embargo, se erige como tan esencial el elemento de transparencia que, en efecto, en los pocos casos en que la información obtenida por un agente encubierto pudo llegar a ser no admitida fue cuando hubo un “reporte inadecuado” de la operación encubierta, de manera que afectó la capacidad del juez de poder verificar la legitimidad de la operación<sup>89</sup>.

Con respecto al análisis del componente jurisprudencial, es de relevancia ahora anotar lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos (siendo muy importante el recordar que las decisiones que este último órgano produce, aun si fuere en casos que examina con relación a un determinado Estado, se pueden

---

<sup>86</sup> Adicionalmente a los requisitos sustanciales y procedimentales ya anotados.

<sup>87</sup> KRUISBERGEN, Edwin y KLEEMANS, Edward. Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. Op. Cit., p. 407.

<sup>88</sup> Cfr. KRUISBERGEN, Edwin y KLEEMANS, Edward. Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. Op. Cit., p. 407.

<sup>89</sup> *Íbid.*

convertir en precedente para la misma Corte Europea de Derechos Humanos con relación a los demás Estados sobre los que ejerce jurisdicción<sup>90</sup>.

En la decisión *Ramanauskas v. Lituania* (2012)<sup>91</sup>, la Corte fue clara en poner de presente las “dificultades inherentes, en la labor policial, del obtener evidencia para el propósito de detectar e investigar delitos”, significando ello el cada vez mayor uso de “agentes encubiertos, informantes y prácticas encubiertas, en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado”<sup>92</sup>. Para el órgano judicial, la admisibilidad de cualquier evidencia es de incumbencia del ordenamiento interno de cada país, y el rol de la Corte Europea de Derechos Humanos debe ser el de asegurarse que todo el proceso penal concreto, visto como un todo e incluyendo la manera en la que se haya recopilado evidencia, haya sido justo. Es decir, no es tarea de la Corte “determinar si cierta evidencia fue obtenida ilegalmente, sino examinar si tal ilegalidad resultó en la contravención de un derecho protegido por la Convención [Europea de Derechos Humanos]”.

Dentro de la anterior sentencia, la Corte cita también la decisión *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998)<sup>93</sup>, para fijar los límites a la actuación de un agente encubierto, con respecto a dos policías que fungieron como tal al aprehender al epónimo sujeto:

El Tribunal consideró que los dos policías en cuestión no se habían limitado "a investigar la actividad delictiva del Sr. Teixeira de Castro de manera esencialmente pasiva, sino que [habían] ejercido una influencia tal que incitaba

---

<sup>90</sup> Como LUPU, Yonatan y VOETEN, Erik lo señalan en su investigación “The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations (2010) y citando a HELFER, Laurence R. en “Nonconsensual International Lawmaking.” *University of Illinois Law Review* 71 (2008), los tribunales internacionales *de facto* usan sus propias decisiones como precedente, convirtiéndose fuente significativa de ‘derecho internacional no consensual’ e incluso, llegan a hacer tanto uso de su propia jurisprudencia como algunas cortes constitucionales domésticas lo hacen consigo mismas.

<sup>91</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Ramanauskas v. Lituania*, 74420/01 (2012).

<sup>92</sup> El concepto de corrupción, ciertamente, ha cobrado mayor relevancia desde la entrada en vigor del ‘Convenio Penal sobre la Corrupción’, del Consejo de Europa, en tanto la Corte cita la existencia de tal instrumento como prueba de la proliferación del fenómeno de corrupción en muchos países y relatando que tal convención autoriza “el uso de técnicas investigativas especiales, como agentes encubiertos, que pueden ser necesarias para obtener evidencia en el área”, en el entendido que derechos humanos no sean afectados.

<sup>93</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Teixeira de Castro v. Portugal*, 25829/94 (1998).

a la comisión del delito". Sostuvo que sus acciones habían ido más allá de las de los agentes encubiertos porque habían instigado el delito y no había nada que sugiriera que sin su intervención se hubiese cometido.

(...) la intervención de los dos agentes no había tenido lugar en el marco de una operación de lucha contra el tráfico de drogas ordenada y supervisada por un juez y que las autoridades nacionales no parecían tener ninguna razón válida para sospechar que el solicitante fuera un traficante de drogas: no tenía antecedentes penales y no había nada que indicara que tuviera una predisposición a involucrarse en el tráfico de drogas hasta que se le acercara la policía.

Aunque el Sr. Teixeira de Castro tenía una posible predisposición a cometer un delito, no había pruebas objetivas que sugiriesen que había iniciado un acto delictivo antes de la intervención de los agentes de policía.

De manera similar, y en aras de continuar estableciendo la línea jurisprudencial para fundamentar su decisión, dentro de la misma sentencia la Corte cita el caso *Eurofinacom v. Francia* (2004)<sup>94</sup>, para señalar que allí, "la instigación por parte de los agentes de policía, a que se les ofreciesen servicios relacionados con la prostitución no había incitado, en el verdadero sentido de la palabra, a la comisión [por parte de la empresa Eurofinacom] del delito de vivir de ganancias inmorales, ya que en el momento en que se hicieron esas ofertas la policía ya estaba en posesión de información que sugería que el servicio de comunicación de datos de la empresa solicitante estaba siendo utilizado por prostitutas para ponerse en contacto con clientes potenciales".

*Eurofinacom v. Francia* y *Teixeira de Castro v. Portugal* son usadas por la Corte para señalar la importancia del momento anterior al inicio de la operación encubierta, ya que en *Ramanauskas v. Lituania*, el actuar de los agentes encubiertos en los momentos previos no demostró cumplir con requisitos

---

<sup>94</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Eurofinacom v. Francia*, 58753/00 (2004).

objetivos de sospecha que se deben tener sobre un potencial indiciado, a efectos de verdaderamente legitimar la operación encubierta<sup>95</sup>.

Los postulados anteriormente resaltados de la Corte Europea de Derechos Humanos comparten una relación importante con lo encontrado por Kruisbergen, Kleemans y de Jong en las decisiones judiciales del ordenamiento interno holandés, pues es evidente que esa claridad sobre los momentos previos anteriormente referida en la sentencia del Tribunal Internacional puede relacionarse con el primero de los tres puntos concretos que los autores delimitan dentro del elemento de transparencia señalado: “las consideraciones decisivas para hacer uso de [y dar inicio a] una operación encubierta”<sup>96</sup>.

Ahora bien, a efectos de traer el concepto de agente encubierto hacia la actual realidad jurídica colombiana, debemos de analizar lo que Bernal y Montealegre (2013)<sup>97</sup> señalaron al respecto:

En términos generales, el agente encubierto es un funcionario de policía judicial o un particular quien, con identidad alterada o su propia identidad, se infiltra en la organización criminal para buscar medios probatorios o provocar la producción de esos medios.

Entendiéndose que la figura del agente provocador está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, los autores definieron así que “la actuación del agente encubierto está limitada a la producción probatoria y en ningún momento tiene la facultad de determinar o instigar la comisión de un comportamiento ilícito”. De igual forma, para dar aplicación a la figura del agente encubierto se debe tramitar un control posterior que, como anotan los autores y en seguimiento del artículo 250 de la Constitución Política, implica que se debe de señalar –en tal control– el fin, la duración y la proporcionalidad (en sentido estricto) de la medida. El artículo 241 del Código de Procedimiento Penal indica que debe

---

<sup>95</sup> Lo cual para la Corte Europea de Derechos Humanos constituyó, pues, una violación al artículo 6, numeral 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>96</sup> KRUISBERGEN, Edwin y KLEEMANS, Edward. Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. Op. Cit., p. 407.

<sup>97</sup> BERNAL y MONTEALEGRE. Op. Cit., p. 270.

haber una investigación en curso “de la cual se infiera que se trata de un caso de criminalidad organizada”, y a través de ello, la Fiscalía debe de proceder a analizar que (i) el indiciado o imputado pertenece o está relacionado con el crimen organizado, y (ii) continúa desarrollando actividades delictivas.<sup>98</sup> En ese orden de ideas, Farfán Molina indicó:

[...] ciertos delitos de impacto social se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, impone reconocer que esos delitos difícilmente son descubiertos y probados si los órganos encargados de las pesquisas e instrucción no logran ser admitidos en el círculo cerrado en que ellos tienen lugar.<sup>99</sup>

En estrecha relación con lo anterior, su definición de agente encubierto es similar a la de Bernal y Montealegre, en tanto que lo considera un “funcionario de policía judicial que realiza su labor de investigación y pesquisas ocultando su calidad de agente estatal, infiltrándose en la organización criminal mediante la utilización de una identidad supuesta que le provee el mismo Estado para tales fines”<sup>100</sup>; sin embargo, deja un poco de lado la posibilidad de que el agente sea un particular, pues reitera posteriormente que lo distintivo es su condición de policía judicial, con todas las facultades y deberes que afectan tanto el desarrollo de su actividad en la fase de instrucción, como la utilización durante el juicio oral de los resultados de la labor investigadora (Inchausti s.f como se citó en Molina, 2008).

Una vez realizadas las anotaciones teóricas anteriores, nos compete definir al *agente encubierto*, teniendo en cuenta una perspectiva más global que colombiana, de la siguiente manera: por agente encubierto entendemos a un funcionario de policía cuya identidad de agente estatal es alterada, en aras de poder infiltrarse en organizaciones delictivas para esclarecer la identidad de los líderes de una estructura criminal u obtener (o provocar) los medios probatorios

---

<sup>98</sup> BERNAL y MONTEALEGRE. Op. Cit., pp. 275-276.

<sup>99</sup> FARFÁN. Op. Cit., p. 23.

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 24.

que permitan judicializar eficientemente a los miembros de tales organizaciones, proveyendo de información adecuada los esfuerzos forenses y fiscales en la lucha contra el crimen organizado en cumplimiento de fines de política criminal del Estado.

### **b. Entrampamiento**

Para retomar lo anotado en los antecedentes de esta investigación, se le considera entrampamiento a un argumento de defensa (y consecuente exoneración de responsabilidad penal) ante una imputación penal<sup>101</sup>, consistente en que un funcionario de policía ejerció coerción o indujo a alguien a cometer un delito<sup>102</sup>. Al partir de esta base, el elemento esencial que delimita la existencia del entrampamiento dentro de este entendimiento norteamericano es la predisposición<sup>103</sup>: ciertamente, la regla jurisprudencial al respecto del entrampamiento indica que, si hubo predisposición por parte del sospechoso a cometer un delito, este no puede posteriormente alegar el entrampamiento como argumento de defensa.

De esta manera, fuertes incentivos o actividades de promoción criminal por parte de agentes encubiertos (en el marco de una operación encubierta con respecto a ese sospechoso) no significan que aquél que se prestó a hacer parte de esas actividades pueda después alegar un abusivo entrampamiento como forma de exonerarse de responsabilidad penal, mientras se pruebe que existía en él esa predisposición al actuar criminal<sup>104</sup>.

En una línea similar, Joh<sup>105</sup> anotó que, por un lado, cuando el acusado suscita el entrampamiento, alega el matoneo del que fue víctima (por parte de un agente encubierto) y que lo llevó realizar algo que en circunstancias normales no quería realizar. Al respecto, la autora señaló que la doctrina del entrampamiento gira

---

<sup>101</sup> Por tal motivo, siendo esgrimible por el sospechoso.

<sup>102</sup> Cfr. BERGMAN. Op. Cit.

<sup>103</sup> ROSS. Op. Cit., p. 1521.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> JOH. Op. Cit., p. 172.

en torno a identificar aquellas “investigaciones facilistas” en donde la línea de lo permisible y lo impermisible (para un policía<sup>106</sup> en el marco de una operación encubierta incentivadora de la comisión de delitos) ha sido claramente rebasada. Por ello, esta doctrina ha servido como límite de razonabilidad a las operaciones encubiertas, de tal manera que, personas inocentes no sean injustamente “seleccionadas y después presionadas a cometer un crimen”<sup>107</sup>.

La predisposición requerida para que la defensa de entrampamiento no sea procedente surge principalmente de construcciones jurisprudenciales que se pueden ver reflejadas en la sentencia *Sorrells v. United States*<sup>108</sup>: allí, la Corte Suprema estadounidense entendió que, frente al entrampamiento procedía la aplicación de la doctrina de la intención legislativa, en la cual se concebía la idea de que el legislador nunca tuvo la intención de extender el ámbito de aplicación de un estatuto criminal (lo que, a efectos de nuestro ordenamiento jurídico sería un tipo penal) a aquellos acusados víctimas de entrampamiento<sup>109</sup>.

Dentro de esta doctrina de la intención legislativa, una segunda doctrina recibió la acogida de la mayoría de los magistrados en esa decisión, y fue la de la predisposición<sup>110</sup>. Aunque el significado exacto y el alcance de la palabra predisposición es gran motivo de polémica, Paul Marcus es claro al comentar la sentencia que para aliviar un poco esta controversia ayuda el partir del opuesto de la predisposición, para así entender el concepto: la víctima de entrampamiento (que sí puede alegar) se encuentra en un “estado de mental de inocencia antes de que la intervención incentivadora gubernamental invada su disposición”<sup>111</sup>. Entonces, desde esta postura, el entrampamiento comprende la idea de que la víctima, necesariamente, no está dispuesta a cometer el delito<sup>112</sup>; de igual modo, el autor ahonda en que precisamente ese elemento de

---

<sup>106</sup> En este caso, encubierto.

<sup>107</sup> JOH. Op. Cit., p. 172.

<sup>108</sup> UNITED STATES, SUPREME COURT. *Sorrells v. United States* 287 U.S. 435. New York. 1932.

<sup>109</sup> MARCUS. Op. Cit., p. 17.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.* pp. 17-18.

<sup>112</sup> *Ibid.*

predisposición (y el comprobar si existe o no) es lo que motiva que pueda ser admitida evidencia en el proceso que, a todas luces, en otro contexto sería inadmisibles por su efecto de pre-juzgamiento, con respecto al sospechoso, a ojos de un jurado de conciencia.

En refrendación del fin del entrapamiento, en la sentencia *United States v. Russell*<sup>113</sup>, también citada por Marcus<sup>114</sup>, se evidencia que el verdadero faro del entrapamiento es el monitorear el sobre-entrometimiento gubernamental en el crimen (referente a aquellas actividades de promoción o incentivo de un acto criminal, en el marco de una operación encubierta).

En contraposición a lo hasta aquí explicado con respecto al entrapamiento en los Estados Unidos, en Europa Occidental el concepto de 'predisposición' es más bien inane, pues las operaciones encubiertas (donde agentes encubiertos pueden promover o facilitar la comisión de un delito) son mucho más limitadas que las americanas en su marco de acción<sup>115</sup>. Por tal motivo, el entrapamiento tiende a no ser aceptado como defensa judicial, y las irregularidades que pueden motivar a un juez a que, en uso de sus facultades discrecionales, fundamente un abuso del proceso (*abuse of process*), una afronta al debido proceso o, simplemente, una razón para excluir determinada evidencia, no se hallan en un posible entrapamiento sino más al observar si la conducta persuasiva del agente encubierto fue -objetivamente- de tanta magnitud, que no fue correlativa a las circunstancias del caso concreto ni a la gravedad del delito específico<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> UNITED STATES, SUPREME COURT. 411 (U.S) 423. 1973.

<sup>114</sup> MARCUS. Op. Cit., p. 24.

<sup>115</sup> La reintroducción en Europa del uso de agentes encubiertos en operaciones que implicaban facilitar o promover la comisión de un delito a efectos de poder imputar más fácilmente a sospechosos siempre tuvo una mirada más restringida, pues aquellos ejemplos de agentes, siendo los vendedores de un elemento ilegal nunca fueron permitidos, y en casos donde eran los compradores, lentamente se fue permitiendo bajo la premisa de que los agentes "pueden ser introducidos en una situación donde una operación de narcotráfico se va a llevar a cabo, pero no pueden 'crear' la situación". ROSS. Op. Cit., pp. 1524-1526.

<sup>116</sup> Cfr. SPENCER, J. R. Entrapment and the European Convention on Human Rights. *The Cambridge Law Journal*, 60(1), 2001, pp. 30-33.

En relación con el concepto de predisposición, Graeme R. Newman<sup>117</sup> indicó que la práctica jurídica ha apuntado hacia un test de legalidad alrededor de una defensa de entrampamiento. Por consiguiente, el test se compone de un aspecto subjetivo y uno objetivo: en el primero, la predisposición está en el centro de la discusión y se enfoca en el estado psicológico del indiciado. En el segundo, se analiza si la incentivación o facilitación de las autoridades gubernamentales a cometer conductas punibles “excedió niveles razonables”, o lo que el mismo autor denomina mundanamente, cuando las autoridades “fueron muy lejos”<sup>118</sup>.

Una vez señalado lo anterior, y para hacer claridad en esta investigación, definiremos al entrampamiento como un argumento de defensa –de origen jurisprudencial norteamericano– correlativo a una imputación penal previa, en donde se pretende argüir que no existía predisposición criminal en el sujeto pasivo de una operación encubierta, y que, por el contrario, aquellos agentes que hicieron parte de tal operación sembraron mediante sus actividades de promoción e incentivo delictual la idea criminal en un sujeto que, *a priori*, se encontraba en un estado mental de inocencia.

### **c. Sting Operation**

Aunque se empieza a conocer el uso de operaciones Sting en los Estados Unidos desde los años 70<sup>119</sup>, para Newman es en realidad difícil definir propiamente una Sting Operation, debido al amplio marco de procedimientos que puede llegar a entrañar dentro de sí, dependiendo del caso o delito en concreto. Empero, el autor determinó cuatro ejes elementales para intentar definir la Sting Operation (indicando que toda Sting Operation los tiene): (i) Una oportunidad o incentivo para cometer un delito, creada o aprovechada por la policía; (ii) Un indiciado o

---

<sup>117</sup> NEWMAN, Graeme. *Sting Operations*. Office of Community Oriented Policing Services, U.S. Department of Justice. 1989.

<sup>118</sup> El análisis exacto de cuando ocurre el exceso que este aparte trata es polémico hoy en día, y suele definirse por lo que Newman llama como una serie de “*legal wranglings*”, que a fin de cuentas se termina delimitando por el jurado de conciencia en concreto.

<sup>119</sup> NEWMAN. *Op. Cit.*

grupo de indiciados; (iii) Un agente encubierto o alguna forma de engaño y; (iv) Un “momento clímax”, donde la operación termina con los arrestos del indiciado o grupo de indiciados<sup>120</sup>.

De manera similar, Bruce Hay entiende la Sting Operation como una técnica común pero controversial en la cual, a través de medios encubiertos, las autoridades crean o facilitan el delito por el que se quiere condenar a un indiciado<sup>121</sup>. Esto usualmente lo realizan tales autoridades “haciendo que un agente encubierto ofrezca algún tipo de anzuelo, u oportunidad, para cometer un crimen, luego castigando a la persona que muerde el anzuelo”<sup>122</sup>. En otras palabras, Hay conceptualizó una operación Sting como cualquier esfuerzo estatal de promover un mal hacer con la intención de castigar las consecuencias que resultan.

El autor Hay relató que tal concepción naturalmente ha traído sus ventajas y desventajas: como ventaja principal, el crimen puede ser detallado e, inclusive, puede grabarse en una cinta, eliminando las dificultades probatorias –con respecto a evidencia– que existen en la aplicación de métodos convencionales o cumplimiento de la ley ordinaria (*ordinary law enforcement*). Sin embargo, para el autor, el problema primordial de tal procedimiento se concentra en que, efectivamente, se termina castigando lo que no es, por ejemplo (y al desviarse un poco del ejemplo específico del autor), una venta ilegal de narcóticos “real”, sino una venta ilegal de narcóticos “supuesta”, “ficticia” o “escenificada” (*staged sale*).

Pese a esto, el autor indica que toda operación Sting se compone de dos funciones diferentes: una de ellas es la *función informacional*, o investigativa, en virtud de la cual, se busca identificar a los individuos que están inmersos en una actividad criminal (o que potencialmente lo estarían). La segunda función es la

---

<sup>120</sup> NEWMAN. Op. Cit.

<sup>121</sup> HAY. Op. Cit.

<sup>122</sup> *Ibid.* p. 388.

*función comportamental*, que pretende disuadir a las personas de cometer conductas punibles (lo que, textualmente, indicó Hay como “la amenaza de ser atrapado en una operación Sting asuste a individuos de oportunidades criminales genuinas que, de otra manera, se presentarían ante ellos como atractivas”<sup>123</sup>). Estas dos funciones sirven para justificar y racionalizar la existencia de operaciones Sting como herramientas de uso por parte de autoridades estatales.

En concordancia con lo anterior, Newman refrendó, en cierta forma, las dos funciones que Hay expuso, indicando que las operaciones Sting generalmente sirven a dos propósitos: uno de investigación (el más común) y otro de reducción o prevención de crímenes específicos, aunque dentro del propósito de investigación, el autor afirmó que un objetivo crucial sigue siendo el de “obtener la evidencia necesaria para ayudar al efectivo arresto, procesamiento y condena de aquellos delincuentes involucrados en un crimen complejo o un fraude que atañe varios autores”.<sup>124</sup> El mismo autor estableció que, de los cuatro elementos que delimitan una Sting Operation (mencionados anteriormente), la flagrancia intrínseca al “momento clímax” tiene un gran valor para la operación, pues a ojos de un jurado de conciencia, tal componente tiende a ser determinante para que terminen inclinándose hacia emitir veredictos condenatorios<sup>125</sup>.

Por añadidura, Hay afirmó que la operación Sting usualmente es llevada a cabo por agentes encubiertos que bien pueden ser policías encubiertos como civiles, o civiles trabajando como informantes en la expectativa de obtener un castigo menor. Independientemente del sujeto, el punto crucial es que el agente está legalmente autorizado para promover y facilitar<sup>126</sup> el actuar ilegal de otros que

---

<sup>123</sup> Por esta función es que los gobiernos, en ocasiones, exponen de manera mediática la existencia de operaciones Sting.

<sup>124</sup> NEWMAN. Op. Cit.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Indicándonos Hay que estos dos términos son usados de manera amplia.

serán penalizados por el delito resultante, o aquél mismo en modalidad de tentativa.

Vale agregar que, existen dos tipos básicos de operación Sting: una en la que el agente posa como participante de la actividad ilegal (pudiendo ser vendedor o comprador de bienes o servicios ilegales), y otra en la que el agente se presenta como “potencial” víctima (pudiendo ser el policía vestido de civil que camina en una calle peligrosa –esperando ser abordado por potenciales atracadores– o el dejar un carro aparentemente descuidado en tal calle, sin seguro y con las llaves puestas en el encendedor del vehículo)<sup>127</sup>.

Luego, Newman apuntó que el grado de engaño usado por las autoridades puede ser mayor o menor, dependiendo del tipo de crimen investigado o la organización. Consiguientemente, este autor no olvida en anotar que el grado de engaño también depende de si los agentes encubiertos se aprovechan de una operación ilícita que ellos no crearon, a diferencia de aquella que ellos mismos crean. Frente a esto, Newman determinó que las operaciones Sting del primer estilo tienden a involucrar un menor grado de engaño y ser de menor duración; las operaciones del segundo estilo, donde agentes encubiertos crean la oportunidad delictiva, tienden a ser de mayor duración (aunque no siempre) e involucran siempre un mayor grado de engaño<sup>128</sup>: ante eso, el autor indicó que, a mayor duración, tienden a ocurrir mayor número de arrestos.

Entre las técnicas específicas que pueden ser usadas para una Sting Operation, Newman señala algunas meritorias, en nuestra opinión, de mención en esta investigación:

---

<sup>127</sup> En este sentido, se asemeja esta diferenciación de Hay con aquella dada a las actividades propuestas dentro de la figura del agente encubierto, por JOH, E. Elizabeth.

<sup>128</sup> Newman señaló que el uso de esta forma de operaciones es popular en el ámbito de aquellos delitos que guardan relación con prostitución, pues al ser un agente encubierto el cliente o el que provee ficticiamente los servicios, permite sobrepasar la dificultad de obtener evidencia circunstancial crucial para probar determinados detalles que giran alrededor del contexto de una transacción de servicios sexuales, y así, obtener más fácilmente una condena.

En primer lugar, el uso de un disfraz, por parte de agentes encubiertos, para facilitarles el aprendizaje de las prácticas y hábitos de un sospechoso, e incluso, trabajar o vivir con él. Newman afirmó que el mejor ejemplo de esto es el agente encubierto que posa como trabajadora sexual para realizar el arresto de su cliente.

En segundo lugar, el uso de *storefronts* o fachadas falsas, en donde los agentes encubiertos hacen uso de una fachada física que, aparentemente, se asimila a una tienda o casa de empeño en la que el delito de receptación y la compraventa de bienes ilícitos se suelen presentar (y, precisamente, se usa esta técnica para combatir tales delitos).

En tercer lugar, el uso de publicidad o *advertising* que puede darse en casos en que se promociona la venta de bienes hurtados o se ofrecen oportunidades de empleo en aras de atrapar diversos tipos de estafas de consumidores.

En cuarto lugar, el uso de internet, el cual puede darse, de tal forma que, la herramienta virtual permita a los agentes encubiertos, por ejemplo, hacerse pasar por menores de edad. Esta técnica puede interrelacionarse con las tres técnicas anteriormente señaladas.

Por último, se halla el uso de “carros señuelo”, en donde la policía tiende a dejar un carro parqueado, sin seguro en sus puertas, en un lugar en el que el robo de autos es común, a la espera de algún sujeto que intente hurtarlo.<sup>129</sup>

### **A. Ventajas y desventajas**

Para Hay, la figura de la Sting Operation se erige como consecuencia de las desventajas inherentes de las formas alternas de combatir el crimen. Entre estas alternativas, el autor reveló:

Primero, la imputación *ex post* (*ex post enforcement*), donde se espera que un crimen ocurra para así arrestar, procesar y castigar al autor o partícipe. El

---

<sup>129</sup> NEWMAN. Op. Cit.

problema allí es que, en muchos casos, los únicos testigos son los autores y participantes del delito, quienes, si guardan silencio –invocando la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos– para no autoincriminarse, termina significando que la policía a menudo tiene insuficiente evidencia para lograr una condena y, en casos donde sí se logran, tal condena se basa en evidencia muy imperfecta. La imputación *ex post*, en ocasiones, es muy tardía para evitar un daño causado (como es el caso de un ataque suicida-terrorista); con las operaciones Sting, la obtención y confiabilidad de evidencia es mayor y se puede lograr procesar al presunto delincuente antes de que cometa verdaderamente un daño en la sociedad.

Segundo, la vigilancia pura (*pure surveillance*) de actividad ilícita, en donde los esfuerzos de las autoridades se concentran en observar el actuar ilícito sin participar o promoverlo, como cuando se hace uso de escuchas telefónicas, cámaras de seguridad, el patrullaje por parte de agentes estatales o espías (los cuales, sin participar, escuchan a escondidas sospechosos o potenciales criminales). Con estas medidas, puede que se identifique y arreste a un potencial criminal antes de que consume de manera efectiva su conducta ilícita, pero se dejan de lado las ventajas que acarrea la carnada que se pone en una Sting Operation, puesto que ello implica mayor facilidad de lograr capturas y condenas sin infringir tanto en la privacidad de las personas. De igual manera, esta vigilancia supone una intromisión gubernamental en el derecho fundamental a la privacidad de las personas, mucho mayor al que se puede llegar a presentar con una operación Sting.

En relación con lo anterior, Newman señaló que la calidad de flagrancia dentro del “momento clímax” de toda Sting Operation (en donde se “destapa” la operación y se efectúan los arrestos) es valiosa a ojos de un jurado de conciencia, y como fue anotado antes, conlleva, en varios casos, a ser el factor decisivo para dar a lugar un veredicto condenatorio; por otra parte, el autor

señaló que *per se* la operación “usualmente concluye con muchos arrestos de personas de alto perfil, acompañados de gran publicidad local y nacional”<sup>130</sup>.

Con respecto al éxito de las operaciones Sting, Newman puntualmente anotó:

Casi todas las operaciones Sting resultan en arrestos o condenas [...] con rangos de condena efectiva entre el 70 y el 95 por ciento. La mayoría de los arrestados en operaciones Sting por receptación o fraude suelen tener antecedentes criminales. Vistas así desde su función primaria investigativa, es evidente que las operaciones Sting son altamente exitosas<sup>131</sup>.

En concordancia con lo anterior, Newman también estableció algunos beneficios derivados del uso de las operaciones Sting: (i) Facilitan la función investigativa descrita anteriormente, llevando a un incremento notable de arrestos; (ii) Realzan la imagen pública positiva de las autoridades, en el marco de su lucha contra el crimen, tanto a través del aumento en arrestos como al ser percibidas las intrincadas y complejas técnicas encubiertas, por parte de la psique popular, como maneras astutas e interesantes de combatir a los delincuentes; (iii) Mejoran la colaboración entre la policía y la fiscalía, pues los arrestos que se derivan usualmente del “momento clímax” de una operación Sting solo pueden resultar en condenas a través del intercambio efectivo de información entre las dos instituciones, en todo momento y desde el inicio de la operación, para así evitar el quebrantamiento de reglas procedimentales; (iv) Optimizan las relaciones con la comunidad, dado que aquellos ciudadanos víctimas de hurtos a su propiedad valoran, en primer lugar, aquella respuesta policial que termina con la recuperación de los bienes hurtados (lo que el autor señaló es un fenómeno común en el uso de las operaciones Sting). Por último, y como se anotó en páginas atrás, las operaciones Sting (v) Resultan en altos índices de condenas para aquellos arrestados en esta operación, estadística que el autor explicó de varios modos: Incluso ante la posible presencia del argumento de defensa del entrapamiento, el extenso suministro de evidencia

---

<sup>130</sup> NEWMAN. Op. Cit.

<sup>131</sup> NEWMAN. Op. Cit. p. 13.

grabada en medios electrónicos que inculpa a los sospechosos al mostrarlos en el proceso de cometer sus conductas punibles, tiende a tener mucho peso procesalmente hablando, e incluso, varios de los sospechosos, al ser confrontados con evidencia tal como un vídeo de ellos mismos realizando una conducta delictiva, son mucho más propensos a confesar voluntariamente su responsabilidad.

Después de analizar estas ventajas, como gran desventaja de la Sting Operation se encuentra el peligro de incitar a personas respetuosas de la ley a cometer delitos que, sin la incitación, probablemente no hubiesen cometido. En principio, una corriente de pensamiento indica que tal individuo jamás debería de ser condenado, pero Hay afirmó que eso ignora las dificultades expuestas de los métodos alternativos de combatir el crimen arriba expuestos. Pese a esto, la posición contraria afirma que este individuo siempre debe ser condenado, pues solo importa que él rompió la ley sin resaltar quién lo ayudó, lo cual es también problemático, puesto que Hay correctamente expresó que no hay una efectiva función policial en poner carnadas y castigar individuos que, en condiciones normales, no delinquirían. Por ello, se gastan demasiados recursos en aquellos sujetos y no en verdaderas 'amenazas criminales reales'; por otro lado, tal posición se presta, de acuerdo con el autor, para abusos gubernamentales en determinadas circunstancias de dificultades políticas<sup>132</sup>.

Siguiendo el párrafo anterior, Hay realizó un análisis económico bajo un modelo propio que parte de clasificar a las personas víctimas de una Sting Operation en dos grupos: aquellos que efectivamente estaban predispuestos al actuar ilícito (que Hay llama los verdaderos 'criminales') y aquellos que, son de modo general, personas respetuosas de la ley, pero que terminan siendo provocados a cometer el delito, sin que lo hubiesen hecho de no ser por la incitación del agente (que Hay nombra 'inocentes'). En virtud de tal situación y en seguimiento del modelo económico del autor, un análisis costo-beneficio debe realizarse referente a

---

<sup>132</sup> HAY. Op. Cit.

cada caso en concreto, donde se debe observar, por un lado, el costo de realizar una operación Sting ante potenciales víctimas inocentes y, por el otro, el beneficio de realizar esa misma operación ante la positiva probabilidad de capturar y enjuiciar a los verdaderos criminales.

En cuanto a las desventajas, Newman fue claro en indicar que la función de reducción y prevención de crímenes (o la función comportamental, en palabras de Hay) es, a lo sumo, poco duradera, el periodo máximo de relativa reducción o prevención suele ser, en promedio, entre tres meses y un año. A largo plazo las operaciones Sting, por sí solas, no pueden resolver un problema público de seguridad (como lo puede ser una alta incidencia de un determinado delito). Así mismo, los inherentes problemas éticos<sup>133</sup> –de este tipo de operaciones– son recordados por el autor, y la extralimitación del poder gubernamental conserva una gran potencialidad de ocurrir en cada caso concreto en que se hace uso de una Sting Operation (sobre este último punto, Newman y Hay anotaron un problema similar que entraña el hecho de que no todos los sujetos pasivos de una operación Sting habrían, por ejemplo, comprado un bien ilegal de no haberseles presentado la oportunidad que los agentes encubiertos y las fuerzas de policía crean).

Adicionalmente, el autor sugirió que este tipo de operaciones suele ser costosa por los elementos y participantes que requiere, tanto dentro de la operación como en el momento previo a esta, en donde se llevan a cabo el entrenamiento y los preparativos necesarios.

Después de haber expuesto algunos conceptos de la base doctrinal de la Sting Operation, se propone como definición, a efectos de esta investigación, que la operación Sting se trata de una técnica o procedimiento de engaño en la cual las autoridades policiales, a través de agentes encubiertos, facilitan o participan en la comisión de un delito por el cual se quiere judicializar a uno o varios

---

<sup>133</sup> Principalmente resumidos en torno a la legitimidad de una autoridad, que promueve la comisión de delitos.

indiciados, tendiéndoseles a estos una carnada, con el fin intrínseco de que la muerdan y se proceda inmediatamente a su arresto y posterior procesamiento eficaz.

#### **d. Mr. Big**

Este procedimiento policial fue inventado en Canadá<sup>134</sup> y la Corte Suprema de ese país ha indicado que, aunque se tiene recuento del uso de alguna versión de la técnica hace más de un siglo<sup>135</sup>, su uso moderno propiamente, y tal como se conoce, comenzó en los años 90, al tenerse conocimiento de haber sido usado a partir de ahí hasta el año 2008 en más de 350 casos<sup>136</sup>.

Smith, Stinson y Patry<sup>137</sup> analizaron a Mr. Big como un “procedimiento de interrogación complejo no custodial”<sup>138</sup> diseñado para recopilar confesiones de indiciados en casos donde se cuenta con poca evidencia forense<sup>139</sup>. En resumidas cuentas, el uso de agentes encubiertos se encuentra orientado a reclutar al indiciado a una organización criminal ficticia, impulsarlo a realizar delitos menores<sup>140</sup>, pagarle por ello de manera generosa y, finalmente, llevar al indiciado a una entrevista –de ascenso de cargo o puesto dentro de la organización– con el jefe ficticio de la organización (el llamado Mr. Big), no sin antes presionarlo para que confiese que ha cometido un delito más grave<sup>141</sup>, lo cual tiene un propósito en la lógica interna ficticia de esa organización, que es

---

<sup>134</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. Hart, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544. p. 5

<sup>135</sup> Keenan y Brockman señalaron que el primer caso reportado de operación Mr. Big en Canadá (aunque no se le conocía con ese nombre), era el Caso Todd de 1901 en Manitoba. KEENAN, Kouri y BROCKMAN, Joan. Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada- Editorial Fernwood Publishing Co., Ltd. 2010

<sup>136</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. Op. Cit., p. 5

<sup>137</sup> Cfr. SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit.

<sup>138</sup> *Ibíd.* p. 168.

<sup>139</sup> *Ibíd.* p. 169.

<sup>140</sup> *Ibíd.* p. 168.

<sup>141</sup> La razón principal por la cual el ente judicializador despliega toda la operación en primer lugar.

el lograr una “garantía” de confianza con respecto al indiciado y que este no traicione esta confianza en un futuro<sup>142</sup>.

En efecto, los doctrinantes Keenan y Brockman (citando a Fournier) indicaron que la táctica Mr. Big se compone de tres fases: introducción, construcción de credibilidad y recopilación de evidencia, donde los agentes continuamente intercambian roles entre observadores pasivos y participantes activos (encubiertos)<sup>143</sup>.

La técnica Mr. Big, en opinión de los autores, está diseñada para provocar declaraciones inculpatorias o confesiones de los sujetos pasivos de ella por medio de un ejercicio de engaño, por parte de los agentes encubiertos, que comienzan con establecer lazos de amistad con el sospechoso. Una vez formados esos lazos (o alternativamente, como parte del proceso de formación de ellos), es que los agentes le sugieren al sospechoso hacer parte de la organización criminal ficticia –característica que claramente el sospechoso desconoce– de la que ellos supuestamente hacen parte.

Consiguientemente, una vez el lazo criminal<sup>144</sup> y organizacional está debidamente formado, se procede a anunciarle al sospechoso la posibilidad de ser entrevistado por el jefe mayor del grupo ficticio (apodado precisamente con el nombre de la técnica: Mr. Big) con la posibilidad de ser ascendido –e incluyendo esto promesas remuneratorias considerables–, pero con la condición de que antes, en virtud de motivos específicos, el sospechoso confiese ante ellos un crimen grave<sup>145</sup>. Uno de esos motivos puede ser que Mr. Big ejerza su supuesta influencia o conexiones para hacer el “problema” del crimen grave –es decir, la evidencia que se dirige hacia tal delito– desaparecer.

---

<sup>142</sup> SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit., p. 170.

<sup>143</sup> KEENAN y BROCKMAN. Op. Cit., pp. 18-19.

<sup>144</sup> Llamado “relación delicadamente estructurada”, según KEENAN y BROCKMAN citando a MacMillan. *Ibíd.* p. 19.

<sup>145</sup> El delito “original” que incentiva el despliegue de toda la operación.

Otro de esos motivos puede ser el lograr una “garantía” de confianza con respecto al indiciado o sospechosos para con la organización y que este no traicione esta confianza en un futuro. Finalmente, los autores anotan que, inclusive, los dos motivos anteriores pueden también fusionarse.

La Corte Suprema de Canadá<sup>146</sup> ha descrito a la entrevista con Mr. Big como la culminación de toda la operación policial: en ella, Mr. Big trae a la conversación el delito por el que el sospechoso está siendo investigado (y, además, le realiza preguntas e indaga al sospechoso al respecto). Mr. Big presiona al sospechoso sobre el delito, aunque este niegue, en principio su participación en él, y en el transcurso de la entrevista se le va dando a entender al sospechoso que el confesar el delito le acarreará el ser aceptado en la organización criminal, y propiamente al confesar, la ficción se deshace y es capturado en ese mismo momento.

### **A. Ventajas y desventajas**

Al citar los autores datos de la Policía Montada del Canadá, en concordancia con la investigación de C. Garner en 2004<sup>147</sup>, dentro de los casos en que la técnica Mr. Big había sido usada hasta el año 2004 se registraba un porcentaje de éxito del 75% y un porcentaje de sentencias condenatorias del 95%<sup>148</sup>. La Corte Suprema canadiense recientemente ha indicado lo siguiente:

La técnica Mr. Big ha probado ser una herramienta investigativa efectiva [...] [que] ha producido confesiones y condenas en cientos de casos que, de otra manera, no habrían sido resueltos [...] [y] las confesiones obtenidas son a menudo detalladas y confirmadas por otros medios probatorios<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. Op. Cit., p. 22.

<sup>147</sup> SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit., p. 170: Gardner, C. (February, 2004). R. C. M. P. clarify & defend the “Mayerthorpe Mister Big” operation. RCMP Watch. Retrieved February 27, 2009, from <http://www.rcmpwatch.com/rcmp-clarify-defend-the-mayerthorpe-mister-big-operation/>

<sup>148</sup> Morigeran, sin embargo, los Smith, Steven y Stinson al indicar que ese éxito ha sido relativamente ‘indefinido’, y que lo más cercano a un patrón de explicación de ese porcentaje del 75% sería el haber obtenido una confesión plena.

<sup>149</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. Op. Cit., pp. 22-23.

Termina por sentenciar la Corte, con la afirmación: “manifiestamente, esta técnica ha probado ser indispensable en la búsqueda de la verdad”<sup>150</sup>.

Ahora, debe de traerse a colación, para contrastar las opiniones positivas, anteriormente expuestas, alrededor de Mr. Big, la opinión del máximo órgano judicial canadiense, en lo pertinente al posible nocivo prejuizgamiento que puede incidir en el jurado de conciencia por el mero hecho de conocer que el sospechoso es alguien que voluntariamente quiso hacer parte de una organización criminal (aun, cuando esta fuera ficticia); frente a ello, la Corte Suprema explicó la posibilidad de aplicar una regla de admisibilidad basada en un ‘principio de inadmisibilidad’<sup>151</sup>, que consiste en partir de la base de que toda confesión obtenida por medio de la técnica Mr. Big se le debe tratar presuntivamente como inadmisibile, y la Fiscalía debe, necesariamente, vencer ese principio demostrando que el valor probatorio de la confesión obtenida sobrepasa el peso del posible efecto de prejuizgamiento.

Por otra parte, el juez no debe dejar de velar por las garantías del procesado, aún con la presencia de la técnica Mr. Big, y por tal motivo se le exige el escrutinio de la conducta policial para determinar la existencia de posibles abusos que impliquen coerción estatal a efectos de obtener la confesión en el marco de Mr. Big.<sup>152</sup> La aproximación que haya dentro de la técnica Mr. Big hacia la coerción es problemática a efectos de su admisibilidad (y en ello, se incluye cualquier uso de violencia física o amenazas físicas, así como el indebido aprovechamiento de las “vulnerabilidades” del sospechoso, como su juventud, problemas mentales o adicciones a sustancias)<sup>153</sup>.

En contraste, a esa prohibición de coerción, Keenan y Brockman<sup>154</sup> determinaron que la técnica Mr. Big, aunque es una profundización de las estrategias de engaño que cada vez más han venido reemplazando métodos coercitivos,

---

<sup>150</sup> *Ibid.* p. 23.

<sup>151</sup> La solución sugerida, dentro de la sentencia, por el Magistrado (J) Michael Moldaver.

<sup>152</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>153</sup> *Ibid.* P. 64.

<sup>154</sup> KEENAN y BROCKMAN. *Op. Cit.*, p. 18

implica dentro de sí, de todas maneras, ciertos aspectos coercitivos en la etapa precustodial de sus investigaciones.

En relación con esto, David Milward<sup>155</sup> ha anotado fuertemente que, en la consecución de una técnica Mr. Big, la coerción termina siendo tan parte de ella, que llega a ser su *stock in trade*, o mercadería de cambio. Al citar un caso en donde el acusado, Andrew Rose, es llamado a la entrevista con Mr. Big, se evidencia la presión psicológica desmedida en la que incurren los agentes: el acusado es sometido a un cuestionamiento prolongado e intenso, tanto por Mr. Big como por sus asociados, esforzándose en hacer entender a Rose que la policía tiene suficiente evidencia para condenarlo por homicidio, pero que Mr. Big puede solucionarle todos esos problemas legales, con la condición de que admita haber cometido dos homicidios, dos años atrás. En la grabación del suceso, Rose niega múltiples veces haber cometido tales delitos, a lo que Mr. Big le responde con acusar a Rose de mentir, y proseguir a exigirle que “deje de mentir”; persiste Mr. Big con expresar que no puede confiar en Rose y, lo amenaza con sacarlo de la organización criminal, y que esto significará que Rose irá a prisión, si sigue negando haber cometido los dos homicidios.

De la misma forma, Milward anotó que las acusaciones y solicitudes que Mr. Big le hizo a Rose, las hizo con un tono de voz muy elevado y con rabia, utilizando varias groserías para poder intimidar a Rose lo suficiente para que “confiese”. El problema sustancial con estas confesiones lo señalaron Smith, Stinson y Patry, al referirse a ellas con el nombre de “confesiones sospechosas”, pues refieren la posibilidad de que el inculpatado, solo confiese para escapar de una situación u obtener alguna recompensa, pese a saber que no es culpable de lo que confiesa.

Es de relevancia anotar que, dentro del contexto de la técnica Mr. Big, se debe tener en cuenta que el único elemento que se graba y presenta en el juicio es la última sesión o entrevista, con el titular Mr. Big, donde el sospechoso confiesa. Por

---

<sup>155</sup> MILWARD, David. *Opposing Mr. Big in Principle*. U.B.C. Law Review, 46(81). 2013, p. 98

otra parte, y en contraposición al uso de la operación Sting en Estados Unidos, se suele recurrir a la técnica Mr. Big cuando métodos investigativos convencionales ya han fallado<sup>156</sup>.

Al fin y al cabo, debe señalarse que, según la Corte Suprema de Canadá en sentencia R. v. Mack de 1988, respecto de la técnica Mr. Big, no considera argumentable una defensa de “entrampamiento”: si bien es cierto que, en el ordenamiento jurídico canadiense, el rol de la policía es recopilar evidencia para procesar a un acusado por el crimen que motiva tal accionar estatal (y en ese sentido, si la policía llevó a cabo fuertes maniobras para inducir a ese acusado, podría llegar a alegarse entrampamiento), no procede el entrampamiento contra la técnica Mr. Big, pues ella “está diseñada para provocar declaraciones inculpatorias o una confesión total respecto de un evento que ocurrió antes del comienzo de la operación, no durante la operación”<sup>157</sup>.

Por tanto, para mayor claridad en esta investigación, conceptualizaremos a Mr. Big como una técnica o procedimiento de engaño mediante el cual se pretende obtener confesiones de indiciados, en donde el uso de agentes encubiertos estatales se encuentra orientado a reclutar al indiciado a una organización criminal ficticia, retribuyéndole por realizar delitos menores y, finalmente, se lleva al indiciado a una entrevista con el jefe ficticio de la organización (el llamado Mr. Big), donde se le presiona para que “voluntariamente” confiese un delito previo a toda la operación encubierta.

---

<sup>156</sup> CANADÁ, CORTE SUPREMA. Op. Cit., p. 21.; KEENAN y BROCKMAN. Op. Cit., p. 18

<sup>157</sup> SMITH, STINSON y PATRY. Op. Cit., p. 179

## CAPÍTULO III

### PROCEDENCIA DE LA STING OPERATION Y EL PROCEDIMIENTO MR. BIG EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COLOMBIANO

#### I. Problemas en la aplicación práctica de la Sting Operation y Mr. Big en sus países de origen

Las dos técnicas, materia de esta investigación, han acarreado, aún detrás de sus aparentes logros, problemas éticos y tangibles en el marco de su aplicación.

Como se mencionó en el capítulo anterior, es evidente que la condena que se puede llegar a producir por intermedio de una operación Sting, en donde las autoridades crean, promueven o facilitan las circunstancias adecuadas tendientes a la comisión del delito por parte del sujeto pasivo, parte de la base de considerar un acto criminal ficticio como uno real. La escenificación que gira en torno a la consecución de la operación es igualmente relevante para la construcción del delito, incluso, si se considera individualmente el proceder del sujeto pasivo como columna vertebral del acontecimiento delictivo.

De este modo, este inconveniente conduce inmediatamente al problema ético, de quizás mayor facilidad de percepción: ¿cómo puede ser positivo que las fuerzas policiales se dediquen sistemáticamente a incentivar y promocionar conductas punibles contra las que se supone deben luchar e intentar prevenir? De este problema ético se desprenden dos cuestiones adicionales: por un lado, indicamos, de inicio, lo concerniente a una autoridad, asignando recursos públicos, en principio destinados a reducir y prevenir la comisión de delitos, hacia la promoción e incentivación de estos.

Por otro lado, señalamos también el asunto ético concerniente a una autoridad –la cual gobierna para todos los ciudadanos– que miente, y miente por medio de engaños que inciden en el conocimiento que pueden, en condiciones aparentemente normales, tener sus ciudadanos en su vida diaria, afectando negativamente la elección de decisiones que tales ciudadanos, con una voluntad así viciada, pueden realizar. En el marco de la aplicación de las

operaciones Sting, este asunto ético siempre ha sido considerado, tanto por las mismas autoridades como por la jurisprudencia, y es esta la razón por la que ha existido un esmero tangible en limitar la capacidad y competencia de tales operaciones con la posibilidad, en los Estados Unidos, de esgrimir el entrampamiento como defensa judicial.

Empero, con tal defensa, los problemas se exacerban incluso más, pues su uso no resulta nada sencillo ni 'directo'. En el aspecto subjetivo del examen legalidad del entrampamiento, la predisposición –como barómetro de procedencia de esta defensa judicial– es un asunto que en Estados Unidos es muy polémico, pues parte de intentar determinar si el sujeto internamente se encontraba predispuesto a cometer la conducta punible por la que fue aprehendido. Incluso con los pálidos alivios<sup>158</sup> que la jurisprudencia ha intentado ofrecer, ante la obvia dificultad que presenta el poder averiguar tal estado psicológico interno, este es un tema de difícil solución.

Sin perjuicio a lo que se comentó, si lo relativo al aspecto subjetivo del examen de legalidad del entrampamiento es problemático, lo relativo al aspecto objetivo del mismo examen no lo es menos: el intentar demarcar una determinada operación Sting, en cuanto a lo que es o no una intromisión estatal que excede un nivel razonable también tiene, tanto de ancho como de largo, controversia infinita alrededor de qué actuaciones u operaciones concretas o sistemáticas constituyen un exceso.

El punto clave de dificultad práctica con relación al uso del entrampamiento como "límite" de las operaciones Sting unifica los dos aspectos del examen de legalidad en torno al contexto propio estadounidense de jurados de conciencia. Debido a que la Corte Suprema de Estados Unidos garantiza, como derecho de todo ciudadano, el ser juzgado por un jurado de conciencia si el monto de la pena privativa de la libertad correlativa al delito endilgado es mayor a seis

---

<sup>158</sup> Se tiene como punto de inicio, que la víctima de entrampamiento necesariamente no está predispuesta a cometer el delito y es de interés del ente acusador desvirtuar esta presunción.

meses<sup>159</sup>, la realidad jurídica estadounidense ha significado que, a pesar de las discusiones éticas e importantes limitantes jurídicos a tener en cuenta, los jurados tienden a ser convencidos de inclinarse a condenar, al presentárseles un sujeto que no solo realizó una (o varias) conductas punibles de manera aparentemente voluntaria, sino que también fue capturado en flagrancia en el transcurso de realizar el crimen (o los crímenes).

De manera conexa a lo referido en el marco teórico, con respecto a la predisposición, incluso, si se parte de considerar a todas las personas como no predispuestas a delinquir, y relegar como labor probatoria del ente acusador el demostrar que sí había presencia de predisposición en el estado mental interno de los sujetos pasivos de una operación Sting, es inescindible un relativo efecto prejudicializador como consecuencia de la operación encubierta en cuestión, que incide en la decisión de tales jurados. Lo anterior analizado, especialmente, si se refiere a la llamada *visión subjetiva* del entrampamiento, tan prevalente en los Estados Unidos -aun hoy en día- debido a la postura tanto de su Corte Suprema, como del consecuente precedente imperante en varias Cortes estatales y federales.

Conjuntamente, otro problema primordial que enfrentan las operaciones Sting en los Estados Unidos es aquel que está relacionado con una de sus dos funciones básicas (y justificadoras de su legitimidad): la función comportamental, o aquella relacionada con la reducción y prevención de crímenes adicionales al caso particular que ataca una determinada operación Sting. Del capítulo anterior se puede desprender que esta función en realidad no es cumplida más allá de un superficial corto plazo<sup>160</sup>, y la presencia de una o varias operaciones Sting no significa que el determinado delito combatido reduzca su ocurrencia en un periodo relevante. En efecto, las razones criminológicas que apuntan a la consecución de determinados delitos en una sociedad son variopintas y

---

<sup>159</sup> UNITED STATES, SUPREME COURT. *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66. 1970.

<sup>160</sup> NEWMAN, Graeme. *Sting Operations*. Office of Community Oriented Policing Services, U.S. Department of Justice. 1989.

numerosas, y el intentar solucionar todas esas cuestiones, mediante procedimientos policiales, nunca va a lograr un verdadero efecto.

Al pasar ahora a los problemas del procedimiento Mr. Big, este, por su parte, acarrea lo que críticos en su país de origen denominan como un alto riesgo de producir falsas confesiones. En el marco de ficción en que se entabla la operación encubierta, no hay mucho que haya podido, de modo asertivo y confiable, eliminar el riesgo de que la confesión que se extrae del sospechoso, por el contexto en que se realiza (ante el ficticio líder de la organización criminal), solo se efectúe en razón al “fragor” de la situación. Ciertamente, un problema adicional interrelacionado con este es la presencia de cierto tipo de coerción, esto es problemático en tanto una de las columnas justificantes de toda operación encubierta es el preferir el engaño antes que la coerción que ofrecen ya los métodos policivos convencionales.

En relación con lo anterior, en la consecución de una operación Mr. Big, el momento en que puntualmente se le presiona al sospechoso a realizar la confesión conlleva coerción, pues si no es proferida de manera voluntaria, el siguiente paso a seguir por parte de los agentes encubiertos tiende a implicar una especie de manipulación psicológica, en la que le indican al sospechoso las consecuencias negativas (inexistentes, en realidad) que le acarrearán el perder la confianza de la organización. Vista esta problemática desde una perspectiva así subjetiva, desde una perspectiva objetiva, tal manipulación psicológica puede acarrear, para usar un término ya utilizado en esta investigación un ‘sobre-entrometimiento’ de las fuerzas estatales —incluso sin irnos más allá hacia qué podría ocurrir en un caso en concreto, donde los abusos de una autoridad policial específica determinen la envergadura de toda la operación.

## II. Posibles problemas en una hipotética aplicación práctica de la Sting Operation y Mr. Big en Colombia

Cualquier forma de aplicación de una operación Sting o del procedimiento Mr. Big que se quisiera llevar a cabo en nuestro ordenamiento jurídico, se enfrentaría inmediatamente a una limitante primordial: el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe que algún agente encubierto ejecute muchos de los comportamientos que se realizan dentro de alguna de las dos técnicas en cuestión. Para delimitar claramente a lo que nos estamos refiriendo, el artículo 242 de la Ley 906 de 2004<sup>161</sup> estableció las funciones que puede desempeñar un agente encubierto<sup>162</sup>, y se observa que ninguna de las que allí se refieren, permite la incentivación o promoción de la comisión de un delito, o la creación de las circunstancias adecuadas y facilitadoras para la comisión de este.

De inicio, debemos subrayar que, estando ante una figura tan delicada en cuanto a los efectos que puede tener sobre las garantías fundamentales de los ciudadanos colombianos, es claro que las funciones dentro del marco de competencia de tal institución no se pueden considerar como libremente extensibles, y el principio de legalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico, en su arista como rector del ejercicio del poder, nos hace recordar que los servidores públicos sólo pueden realizar aquello que está definido y establecido previamente de forma expresa y clara en la ley, esto es, sólo pueden realizar lo que les está permitido. Al respecto, la Constitución de 1991 en su artículo sexto claramente indica que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (subrayado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-710 del 2001, señala:

---

<sup>161</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Op. Cit.

<sup>162</sup> “...intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él.”

El principio constitucional de legalidad tiene una doble condición [;] de un lado, es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.

(...) Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

Pues bien, los agentes encubiertos tanto de operaciones Sting como de procedimientos Mr. Big realizan muchas más acciones que las que el articulado nacional permite. En el seno mismo de la definición de operación Sting está la oportunidad o incentivo que crea o de la que se aprovecha la policía. De ese incentivo u oportunidad se parte para estructurar una operación Sting, tanto así que la casi mundana forma de referirse a tal operación como “el poner una carnada” (o anzuelo) para que sea mordida, ya muestra de qué va la situación, y la idea de la carnada está tan intrínsecamente relacionada con su fin inmediato (el que sea mordida para proceder a atrapar al sujeto) que es casi inconcebible pensar en ella sin ese fin configurador.

En razón de lo anterior, y al considerar las relevantes definiciones doctrinales, los agentes encubiertos dentro de la operación Sting no se diferencian sustancialmente de un *agente provocador*. Incluso sin tener en cuenta ese fin configurador, nuestro ordenamiento jurídico ha desestimado la posibilidad de permitir el mero acto de provocar en cualquier operación encubierta, como se observa de la lectura tanto del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal (“está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito

en el indiciado o imputado”), como de las Sentencias de la Corte Constitucional C-176 de 1994<sup>163</sup> y C-156 de 2006<sup>164</sup>.

La conclusión anterior se afianza, incluso más, con la consagración del ‘Debido Proceso’ que el artículo 29 constitucional realiza, pues la Corte Constitucional señala en sentencia C-035 de 2014 que, además de ser un derecho fundamental y principio inherente del Estado de Derecho, “posee una estructura compleja, y se compone por un plexo de garantías que operan como defensa de la autonomía y libertad del ciudadano, límites al ejercicio del poder público y barrera de contención a la arbitrariedad” (subrayado fuera de texto). De igual forma, el mismo órgano constitucional ha reconocido que incluso la existencia del principio de legalidad *per se* “remite a la lucha por **impedir la arbitrariedad del Estado**”<sup>165</sup>, significando lo anterior que los peores excesos que pueden derivarse de la aplicación de esta figura estadounidense (la cual no se diferencia esencialmente de un agente provocador) hace que ésta no pueda llegar a ser permitida en Colombia.

En conexidad con lo arriba expuesto, resulta evidente que la estructura tan similar a la del concepto clásico de agente provocador no puede encontrar cabida en una Constitución que consagra “el respeto a la dignidad humana” en su primer artículo, pues como Camilo Sampedro (2001) lo señala, que el Estado lleve un sujeto a cometer un delito para incriminarlo en el mismo, “significa utilizar al hombre como medio y negarle su connatural ser fin en sí mismo, sin más cosificarlo”<sup>166</sup>. Lo anterior es correspondido por la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 2017, cuando al hablar del debido proceso, señala que “a pesar de existir libertad de medios probatorios para desvirtuar la presunción de

---

<sup>163</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. “Por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos”.

<sup>164</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. “[...] el actuar del agente encubierto tiene límites materiales. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que estos agentes no pueden provocar el delito”.

<sup>165</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-394 de 2019.

<sup>166</sup> SAMPEDRO, Camilo. (2001). El agente provocador frente a la Constitución Nacional. Derecho Penal y Criminología, 22(71). 2001, p. 20

inocencia, sólo son admisibles medios de prueba respetuosos del debido proceso y acordes a la dignidad humana".

De esta manera, implantar la figura de una operación Sting en nuestro país, tal y como está concebida en los Estados Unidos, sería imposible.

No obstante, el procedimiento Mr. Big no se queda atrás en las dificultades que presentaría en una hipotética aplicación. Todo el despliegue que encierra la operación Mr. Big no se encuadra exactamente dentro de la concepción de agente provocador (a diferencia de la operación Sting) en tanto, de forma análoga a cómo la Corte Suprema de Justicia de Canadá no ha considerado posible que un sujeto pasivo de Mr. Big haga uso de la defensa judicial del entrampamiento, lo que ocurre en una operación Mr. Big no es una provocación estatal orientada a cometer delitos por los cuales será posteriormente aprehendido aquél que los comete, sino que la ficción creada por las autoridades está únicamente orientada a provocar la confesión, por parte del sospechoso, de un delito previo a toda la operación Mr. Big.

Aun con lo anterior, no es menos cierto que el procedimiento Mr. Big entraña una extralimitación clara y apabullante de las funciones que el artículo 242 de la Ley 906 de 2004<sup>167</sup>, en tanto, aun cuando no podamos hablar de un agente provocador propiamente, en el marco de la operación en cuestión, los agentes encubiertos sí facilitan, promocionan e incentivan la comisión de conductas delictivas, de manera tal que se pueda establecer la ficción necesaria que pueda embaucar al sujeto pasivo y hacerle creer que desarrolla actividades ilícitas para una organización criminal, establecer gradualmente el correspondiente lazo de confianza y, finalmente, obtener la confesión.

Asimismo, ocurre una dificultad tangencial con respecto a esa confesión. En tanto uno de los problemas que ha enfrentado el procedimiento Mr. Big en Canadá ha sido que, aun cuando su razón de ser –como en toda operación

---

<sup>167</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Op. Cit.

encubierta– se inclina por hacer uso del *engaño* antes que la *coerción* de los métodos policivos convencionales, lo que ocurre en la etapa inmediatamente anterior a esperar obtener la confesión, termina en muchos casos<sup>168</sup> siendo una suerte de *coerción*<sup>169</sup> que dentro de la ficción establecida por las autoridades puede llegar a ser tan fuerte, que el obtener una confesión de esta manera violaría flagrantemente una garantía fundamental del proceso penal colombiano: el no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, en concordancia además con el no autoincriminarse<sup>170</sup>. La Corte Constitucional en la Sentencia C-799 de 2005 señaló que lo anterior, como elemento del derecho a la defensa material y técnica, tiene efectos incluso en una etapa pre-procesal<sup>171</sup> y, es precisamente en esa etapa en donde se lleva a cabo la operación Mr. Big.

La naturaleza excesivamente coercitiva que puede, según David Milward<sup>172</sup>, llegar a tener el contexto en el cual se realiza la confesión (con especial atención al caso de Andrew Rose, comentado en el subtítulo anterior) demuestra la grave manipulación psicológica que podría sufrir un indiciado o imputado por parte de las autoridades y a quien, ante todo, debe de respetársele la presunción de inocencia (consagrada en el artículo 29 constitucional<sup>173</sup>). La anterior situación sería incluso más preocupante si tenemos en cuenta nuevamente lo hallado por Milward con respecto a que tal situación psicológica referida se vuelve, las más de las veces y debido al contexto criminal propio del despliegue de la figura de Mr. Big, en el proceder común de ese tipo de operaciones.

---

<sup>168</sup> Todos aquellos en donde el sospechoso no aporta la confesión fácil y rápidamente.

<sup>169</sup> Consistente en la manipulación psicológica explicada en el subtítulo anterior.

<sup>170</sup> Ver Artículo 8 de la Ley 906 de 2004, literales a y b, y Artículo 33 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>171</sup> “... no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga está el carácter de pre-procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada”.

<sup>172</sup> MILWARD, David. Op. Cit., p. 98

<sup>173</sup> Específicamente al señalar: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-143 de 2015, delimitó<sup>174</sup> la dignidad humana bajo tres lineamientos claros (no restrictivos), de los cuales, con uno de ellos -especialmente- riñe el contexto clímax del procedimiento Mr. Big:

(...) la jurisprudencia de este Tribunal ha encontrado tres lineamientos claros y diferenciables con relación al objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”: (i) entendida como autonomía o como la posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características, es decir, vivir como se quiera; (ii) como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, o sea vivir bien; y (iii) entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, **integridad física y moral**, en otras palabras vivir sin humillaciones. (Negrilla fuera de texto).

Es este último lineamiento el que sería infringido por la manera en que la confesión del sujeto pasivo del procedimiento Mr. Big suele ser obtenida: tal infracción significaría, necesariamente, quebrantar el postulado de ‘dignidad humana’ que el artículo primero de la Constitución consagra. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia<sup>175</sup> indica algo similar, al anotar que será prueba ilícita (y por ende excluible de un proceso penal) aquella “obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc.”.

En razón a lo anteriormente anotado con respecto a la no autoincriminación, y agregándole a eso el peligro que implica que la actuación de agentes encubiertos termine por convertirse en un ‘constreñimiento<sup>176</sup> ilegal’, no habría forma siquiera en la que una prueba obtenida producto de la figura Mr. Big pudiese ser admitida por un juez penal en Colombia.

---

<sup>174</sup> A partir de las sentencias T-881 de 2002 y T-436 de 2012 de la Corte Constitucional.

<sup>175</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SP-12558-2016, Rad. 45619 del 31 de agosto de 2016

<sup>176</sup> Partiendo de la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ofrece sobre la palabra “constreñir”: “obligar, precisar, compeler por la fuerza a que haga y ejecute algo”.

### III. ¿Qué se puede rescatar de la Sting Operation y Mr. Big, para con el derecho procesal penal colombiano?

El complicado panorama que dibuja lo referido en el aparte anterior, en razón a las condiciones que nuestro ordenamiento jurídico impondría a las dos operaciones en cuestión, no excluye la posibilidad de una aplicación modificada de tales figuras procesales desde una perspectiva menos irrestricta que la que tienen en sus países de origen. Ante esto, Europa presenta algunos ejemplos de procedimientos similares a los de la operación Sting estadounidense, en razón al crecimiento de delitos de difícil investigación (como el narcotráfico) desde los años 80 hasta nuestros días.

Antes de adentrarse en especificidades con un ejemplo de país que consideramos fundamental, se debe recordar que tal Estado es miembro del Consejo de Europa y ha ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>177</sup> (así como el Protocolo 13 de tal convenio, que expresa un reconocimiento por “la dignidad humana inherente a todo ser humano”), que en su artículo 19 establece la jurisdicción que sobre los Estados firmantes tendrá la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>178</sup>.

Al partir de esta base, y con el contexto histórico en mente –relatado en los antecedentes y el marco teórico de esta investigación–, una manera en la que se han podido aplicar operaciones encubiertas similares a la Sting es la que se da en Países Bajos (ejemplo que se quiere convertir en faro, para abrir la puerta a recoger elementos de las operaciones Sting en Colombia). En ese país, se

---

<sup>177</sup> A la luz de este convenio, según ROSS, Op. Cit., p. 1512., la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado a las operaciones encubiertas como menos lesivas de la privacidad de las personas que la vigilancia (o interceptación) electrónica, puesto que, en las primeras, el sujeto pasivo de la operación encubierta conoce que está cometiendo delitos, y sabe que corre el riesgo de encontrarse con un agente encubierto cuyo deber es descubrirlo y detenerlo.

<sup>178</sup> Debido a lo establecido en el artículo 19 del nombrado Convenio, que indica: “**Artículo 19. INSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL.** Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado ‘el Tribunal’. Funcionará de manera permanente”. Además, y como ya se resaltó al respecto según LUPU, Yonatan y VOETEN, Erik, las decisiones que este último órgano produce, aun si fuere en casos que examina con relación a otros países, se pueden convertir en precedente para la misma Corte Europea de Derechos Humanos con relación a los demás Estados sobre los que ejerce jurisdicción, pues el tribunal usa sus propias decisiones *de facto* como precedente.

regulan las operaciones encubiertas consistentes en infiltración sensible con una ponderación cuidadosa, centrada en un componente de *proporcionalidad* y uno de *subsidiariedad* (el primero haciendo referencia a que se tiene que estar necesariamente ante crímenes graves, y el segundo, a que se debe de haber encontrado a absolutamente todos los otros medios investigativos como ineficientes).

Estos requisitos, de entrada, rompen con la concepción tradicional estadounidense, pues las operaciones Sting, en tal país, suelen ser usadas como acción inicial y para delitos de la calaña de un hurto de vehículo o una solicitud de favor sexual, sin el necesario agotamiento de métodos alternativos de policía.<sup>179</sup>

Otra barrera limitante con la que en Países Bajos se ha podido aplicar la operación Sting “modificada”, a la luz del Protocolo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es la obligación que tiene el fiscal adscrito (del caso en concreto) de atenerse a las reglas y procedimientos internos de la Fiscalía General de su país, no permitiéndosele dar inicio a una operación de infiltración sin el beneplácito de una autoridad central que haya ponderado los posibles objetivos de una infiltración en concreto con las prioridades generales investigativas del ente acusador<sup>180</sup>. Después del visto bueno del órgano interno más alto, el control no acaba ahí, pues el fiscal adscrito debe de presentar una retroalimentación periódica sobre la consecución de la operación a sus superiores, así como un plan específico a seguir para continuar llevando a cabo la operación.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Por el contrario, esos componentes de proporcionalidad y subsidiariedad, en Estados Unidos, son tenidos más en cuenta a efectos de autorizar una vigilancia (o interceptación) electrónica.

<sup>180</sup> En pocas palabras, y como se observó en el capítulo anterior, si un fiscal pretende desplegar una operación encubierta, debe de discutirlo tanto con un fiscal especializado, como con el jefe de fiscales regional. Si esta operación incluye los elementos más delicados de una infiltración (asimilables a la operación Sting), después del trámite anterior debe presentar una solicitud a un Comité Central, el cual una vez da el visto bueno, a su vez le da trámite a esa solicitud ante un alto órgano dentro de la entidad acusadora: la Junta de Procuradores General.

<sup>181</sup> Por añadidura, toda operación encubierta debe ser ejecutada por una unidad especializada en ello, y no está al alcance de cualquier policía el actuar como agente encubierto.

En relación directa con lo anterior, Kruisbergen, Kleemens y de Jong expusieron como posible consecuencia negativa a esta centralización la posible *aversión*<sup>182</sup> que puedan tener los fiscales adscritos de casos en concreto, a usar una operación que requiera infiltración sensible, por temor a perder el control de la operación en manos de un superior. Consideramos, bajo nuestro punto de vista, que debido a que tratamos con un método policivo -complejo y controversial- que puede aportar ventajas en la lucha contra el crimen, pero también desventajas, debido a su contrariedad con una concepción tradicional de la política criminal<sup>183</sup>, esta ‘aversión’ no es un punto negativo, pues significaría una limitación natural a la proliferación de una técnica que debe conservarse como una de absoluta subsidiariedad.

Un punto adicional de gran magnitud que debe de ser incluido ahora, es una aplicación de operación Sting con la dignidad humana como hoja de ruta, dado que tiene que ver con la manera en la que se ha registrado la *accountability*<sup>184</sup> de las operaciones encubiertas: debido a que el proceder aceptado por gran parte de la estadística que determina la efectividad *post facto* de las operaciones Sting se ha centrado en la cantidad de arrestos y condenas que resultan de su aplicación, consideramos que los esfuerzos académicos de Kruisbergen, Kleemans y de Jong podrían llegar a permitir una aplicación menos “draconiana” de las operaciones Sting, ya que su enfoque de *accountability* alrededor de estos métodos policiales se centra en romper su esquema netamente punitivo, al permitir encontrar tres tipos de efectos positivos medibles diferentes: *inclusión*, *exclusión* y *orientación*. Luego de explicar estos conceptos en el capítulo anterior, se debe anotar que este esquema no solo avanza notablemente sobre el pasado cuantitativo basado en arrestos y

---

<sup>182</sup> KRUISBERGEN, KLEEMANS y DE JONG. Op. Cit., Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. P. 404

<sup>183</sup> Una contrariedad analizada en cuanto la concepción tradicional colombiana de política criminal maneja la figura de agentes encubiertos con funciones muy limitadas, nunca pudiendo estos hacer aquello que define una operación Sting o similares, como lo es facilitar una conducta punible.

<sup>184</sup> Palabra de difícil traducción, empero que se asemeja a una mezcla entre “responsabilidad” y “rendición de cuentas”.

condenas, sino que mientras el efecto de *orientación* atañe perfectamente el rol dado a los agentes encubiertos en este ordenamiento jurídico vigente, el de *exclusión* es aquel que significa el verdadero valor que se desea proponer para una hipotética aplicación de las operaciones Sting modificadas en Colombia: pueden servir para producir evidencia que indique falta de fundamento con relación a una sospecha, o en otras palabras, que permita identificar que el sospechoso y sujeto pasivo del procedimiento no amerita seguir siendo tenido como sospechoso, por parte de las autoridades.

Este punto de *exclusión* rompe esencialmente con la excesiva similitud que se encuentra entre la vestigial figura del agente provocador y la operación Sting, pues va en contravía absoluta de aquel fin fundamental e intrínseco que se encuadra como parte de la definición de la Sting Operation estadounidense<sup>185</sup>, la cual ya no será inexorablemente el que el sujeto pasivo necesariamente “muerda el anzuelo”.

Por otra parte, teniendo en cuenta la jurisprudencia holandesa y de la Corte Europea de Derechos Humanos ya citada, otra barrera limitante que ha permitido la aplicación de las operaciones encubiertas se encuentra en la ‘transparencia’ requerida por el juez en su análisis de la operación, consistente en conocer las consideraciones decisivas previas y determinantes para hacer uso de agentes encubiertos (donde los motivos de sospecha con respecto de un potencial indiciado deben ser fuertemente fundados), la circunstancias en las que la operación encubierta se terminó llevando a cabo y los resultados que finalmente acarrearán tal despliegue investigativo.

Consiguientemente, se debe resaltar que, la modificada operación Sting que se propone como mínimamente viable para Colombia, sería una operación cuyo propósito continuaría siendo el luchar contra el crimen organizado, con una

---

<sup>185</sup> Una técnica o procedimiento de engaño en el cual las autoridades policiales, a través de agentes encubiertos, facilitan o participan en la comisión de un delito por el cual se quiere judicializar a uno o varios indiciados, tendiéndoseles a estos una carnada “con el fin de que la muerdan y se proceda inmediatamente a su arresto y posterior procesamiento eficaz”.

amplia restricción en su utilización y un fuerte control centralizado<sup>186</sup>, así como un fin inmediato de obtener evidencia que sirva para (i) Realizar una imputación adecuada (con ayuda del componente de flagrancia inmerso en la operación), (ii) Desestimar sospechas infundadas sobre alguien u (iii) El obtener información que oriente los esfuerzos investigativos hacia donde verdaderamente se concentra la criminalidad: esto es, propiamente, lo que se podríamos rescatar de las operaciones Sting. Sin embargo, aún al alejarnos del “Agente Provocador” en su concepción clásica, los inconvenientes continúan presentándose en tanto no existe “operación Sting” sin la facultad –de los agentes encubiertos– de poder promover o facilitar delitos (así fuese en modalidad tentativa), funciones que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe abiertamente.

Al pasar ahora a tratar la figura procedimental de Mr. Big, se considera que el panorama es más complicado, pues al igual que en la operación Sting, es esencial el hacer uso de agentes encubiertos que promueven y facilitan la comisión de delitos. La circunstancia adicional que enfrenta, no obstante, es probatoria: el tipo de confesión que se obtiene a partir de un procedimiento Mr. Big, con aquella mezcla de engaño y elementos de coerción psicológica importantes, se presenta como difícilmente admisible en un proceso penal subordinado al artículo 29 de la Constitución Política, así como al respeto de la dignidad humana que esgrime el primer artículo de esa Carta. De la experiencia empírica que se tiene de procedimientos Mr. Big, el contexto en que se realiza la presión para obtener la confesión (en la entrevista con el titular personaje) tiende a incurrir en la coerción psicológica referida, en todos aquellos casos en que el sospechoso no confiesa fácil y/o rápidamente.

Lo anterior presenta un problema serio, y es que una razón crucial doctrinaria para justificar la injerencia en los derechos fundamentales de las operaciones encubiertas puede hallarse en su diferencia con los métodos policivos

---

<sup>186</sup> Al igual que con atención al elemento de transparencia previa a la operación encubierta, durante ella e igualmente en cuanto a los resultados que ésta finalmente ofrezca.

convencionales, referida en su énfasis en el engaño antes que la coerción, y en su intromisión en la autonomía antes que en la intimidación. Ante la pregunta de qué se puede rescatar de la técnica Mr. Big para con el proceso penal colombiano, se está frente un procedimiento que, aunque aparentemente efectivo<sup>187</sup>, no solo requiere de un ordenamiento en donde los agentes encubiertos se les permita promocionar o incentivar la comisión de delitos, sino que además de ello, la mayoría de las veces, se debe manipular psicológicamente a un sujeto a través del despliegue de toda una red meticulosa y ficticia, orientada a que tal manipulación sea efectiva en producir una confesión.

Es sustancial mencionar que la aplicación de Mr. Big en Canadá no parte de la necesidad de que esa presión que se ejerce en la entrevista al sospechoso tenga que ser tan dominante, y en efecto, lo preferible y deseable es que el lazo de confianza generado entre la organización (con Mr. Big nominalmente a la cabeza) y el sospechoso sea suficiente para que este confiese. Sin embargo, si de la práctica se desprende que en todo caso en que esa obtención de la confesión no transcurre de manera simple, el contexto de una entrevista con un aparente jefe criminal ha significado que la indagación específica que se le hace al indiciado usualmente decae en una presión psicológica desmedida – impropia de los fines de un Estado Social de Derecho protector de derechos fundamentales–, consideramos que no habría forma de rescatar ninguna forma de procedimiento Mr. Big para con nuestro ordenamiento jurídico nacional.

---

<sup>187</sup> Efectividad que se supedita al haber sido comúnmente probada a través de aquella cuantitativa medida de “arrestos y condenas” que, como se observa al referirse a lo rescatable de la operación Sting, es limitada.

### **A. Hacia un régimen jurídico de las operaciones encubiertas nacionales mayormente delimitado.**

De la investigación por nosotros realizada, observamos que en nuestro ordenamiento jurídico el agente encubierto no ha sido desarrollado detalladamente a fondo. Las referencias a su figura –que intentan delimitar la institución procesal– no constan de más de 5 artículos en el Código de Procedimiento Penal, y breves menciones en dos sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional. Partiendo de esta base, y en razón a las conclusiones abordadas con respecto a las posibles ventajas que podrían ofrecer las dos grandes figuras extranjeras analizadas a lo largo de este trabajo, se quiere proponer un articulado mediante el cual se pudieran resolver las dificultades normativas de una hipotética aplicación de la operación Sting modificada, en lo posible salvaguardando contra el mismo abuso de la figura.

Sin embargo, antes de referirnos propiamente a esta propuesta, se debe resaltar que ello se realiza solo en un plano hipotético, en donde, al partir de una realidad jurídica que no permite a los agentes encubiertos la facilitación, incentivación o promoción de conductas punibles, se quiere resolver de manera verdaderamente completa el interrogante supuesto por el subtítulo inclusivo del apartado en que se está (*¿Qué se puede rescatar de la operación Sting para con el Derecho Procesal Penal Colombiano?*), el cual se desprende del tercer objetivo específico de esta investigación (*“En caso de no encontrarse procedentes las figuras nombradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, identificar algunos de sus elementos individuales, que sí pudieran tener cabida en Colombia”*).

Responder a este interrogante, pasa por delimitar, con fines netamente académicos y no como preferencia personal alguna, la figura de una operación Sting mínimamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto el debate sobre si una Sting Operation exportada directamente de Estados Unidos es aplicable Colombia evidentemente indica una respuesta tajantemente negativa.

De esta manera, el articulado en la Ley 906 de 2004 sería el siguiente (con las modificaciones subrayadas):

**Artículo 242. Actuación de Agentes Encubiertos.** Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Adicionalmente, los agentes encubiertos podrán hacer parte de operaciones en las que, como último recurso para esclarecer la responsabilidad de un indiciado o imputado, faciliten la comisión de conductas punibles por parte de este. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

**Parágrafo.** La realización de operaciones en las que los agentes encubiertos le faciliten la comisión de conductas punibles al indiciado o imputado se adelantarán en observancia de los propósitos de realizarle una imputación adecuada, desestimar sospechas infundadas sobre ese indiciado o imputado o la obtención de información orientadora de los esfuerzos investigativos hacia las verdaderas fuentes de criminalidad.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Op. Cit.

Consagrado lo anterior, creemos que, frente a lo existente en el texto del artículo 243<sup>189</sup>, el no eliminar la prohibición allí contenida no implica un perjuicio para la modificación del artículo 242 que se propone, pues, además de medidas procedimentales centralizadoras alrededor de la toma de decisión de una operación de este estilo, la prohibición de “sembrar” una idea criminal podría llegar a servir como limitante al abuso de la figura. En sí, en lo referente a una definición exacta de “sembrar una idea criminal”, si se tiene en cuenta las amplias y polémicas discusiones jurisprudenciales estadounidenses alrededor de predisposición (y su no existencia, en la mente del indiciado o imputado, como elemento subjetivo configurador del entrampamiento), resulta desalentador el intentar definir de manera unívoca todo lo relacionado con el cómo y cuándo se puede hablar de predisposición en un caso en concreto.

No obstante, de esta investigación se desprende que, aquellos aspectos objetivos que configuraban el entrampamiento podrían ser utilizados en conjunción con el concepto de “sembrar una idea criminal”, con el fin de limitar el actuar de las operaciones Sting modificadas que se proponen, haciendo que se ciñan a una mera *facilitación*, con respecto al indiciado o imputado, de cometer una conducta punible, sin que las fuerzas del Estado incurran en una excesiva actitud de presión o coerción con el sospechoso, a saber, que la conducta de los agentes encubiertos se circunscriba a un “ofrecimiento de cartas” al sospechoso, y una vez este elija una, los agentes respeten esa decisión y no procedan a intentar insistentemente hacer elegir al sospechoso la “carta viciada”.

---

<sup>189</sup> “[...] está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado”.

## CONCLUSIONES

La investigación realizada determina que las figuras jurídicas de la 'Sting Operation' y Mr. Big no pueden llegar a ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano, como herramientas de solución a los problemas de criminalidad organizada e impunidad que enfrenta Colombia.

La Sting Operation es una técnica o procedimiento de engaño en la cual las autoridades policiales, a través de agentes encubiertos, facilitan o participan en la comisión de un delito por el cual se quiere judicializar a uno o varios indiciados, tendiéndoseles a estos una carnada, con el fin intrínseco de que la muerdan y se proceda inmediatamente a su arresto y posterior procesamiento eficaz. Por otra parte, Mr. Big se trata de una técnica o procedimiento de engaño mediante el cual se pretende obtener confesiones de indiciados, en donde el uso de agentes encubiertos estatales se encuentra orientado a reclutar al indiciado a una organización criminal ficticia, retribuyéndole por realizar delitos menores y, finalmente, llevándose al indiciado a una 'entrevista' con el jefe ficticio de la organización (el llamado Mr. Big), donde se le presiona para que "voluntariamente" confiese un delito previo a toda la operación encubierta.

Las dos técnicas se asemejan, por regla general, en las ventajas que ofrecen, como la mayor obtención de evidencia probatoria, una menor intromisión gubernamental en el derecho a la privacidad, un alto índice de arrestos y sentencias condenatorias y la resolución de casos difíciles de acuerdo con la complejidad intrínseca al crimen organizado. Sin embargo, sus desventajas también son similares, sea el peligro de incitar a personas respetuosas de la ley a cometer delitos, el gasto considerable de recursos en los esquemas ficticios contruidos en servicio del procedimiento, la muy limitada y superficial 'reducción de crímenes' que aportan, la potencialidad de extralimitaciones del poder gubernamental y arbitrariedades que acarrea, y el excesivo énfasis en arrestos y/o condenas en que se centran.

Las desventajas anteriores se relacionan directamente con los problemas constitucionales que enfrentaría la aplicación de cualquiera de las dos figuras objeto de investigación, en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, el rompimiento del principio de legalidad en su arista como rector del ejercicio del poder (de manera relacionada con los artículos 6 y 29 de la Constitución Política) y la no observancia del respeto por la dignidad humana consagrado en el primer artículo constitucional, hacen imposible la aplicación de la Sting Operation y Mr. Big en sus concepciones ya expuestas, por motivos de la inconstitucionalidad abierta que ellas acarrearían.

Lo dicho anteriormente no obsta para señalar, como uno de los objetivos específicos de esta investigación, la modificada operación Sting, producto del derecho comparado, que se propone como mínimamente viable para Colombia: una operación cuyo propósito continuaría siendo el luchar contra el crimen organizado, con una amplia restricción en su utilización y un fuerte control centralizado (por parte del ente acusador y en cumplimiento de estándares de transparencia que le permitan el análisis suficiente a un juez), así como un fin inmediato de obtener evidencia que sirva para (i) Realizar una imputación adecuada (con ayuda del componente de flagrancia inmerso en la operación), (ii) Desestimar sospechas infundadas sobre alguien u (iii) El obtener información que oriente los esfuerzos investigativos hacia donde verdaderamente se concentra la criminalidad.

Debido a los inconvenientes que continuarían presentándose por no tener los agentes encubiertos -en nuestro ordenamiento jurídico- la permisión de facilitar delitos (así fuese en modalidad tentativa), la propuesta normativa aquí realizada es apenas eso, una propuesta, y futuras investigaciones deberán determinar, de acuerdo con el contexto nacional, la procedibilidad de esta, u otra propuesta similar.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Situación de los derechos humanos en Colombia. Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019.

BERGMAN, Paul. What Is Entrapment? [en línea]. s.f. Recuperado el 15 de septiembre de 2019: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/entrapment-basics-33987.html>

BERNAL, Jaime & MONTEALEGRE, Eduardo. El proceso penal. Tomo II: Estructura y garantías procesales. 6ª ed., Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2013.

CANADÁ, CORTE SUPREMA. Hart, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal]. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128. [Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública]. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 del 12 de abril de 1994. Sala Plena, M. S.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 del 6 de abril de 2016. Sala Plena, M. P.: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 del 29 de enero de 2014. Sala Plena, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-394 del 28 de agosto de 2019. Sala Plena, M. P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 del 20 de abril de 2017. Sala Plena, M. P.: Alejandro Linares Castillo. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Sentencia SP-12558-2016, Rad. 45619 del 31 de agosto de 2016, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá, D.C.

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 898 del 29 de mayo de 2017. [Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura

de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C.

CORIA, Javier. De leyenda: Vidocq, de ladrón a policía Clío: Revista de historia, (35), 2004, pp. 66-69.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Eurofinacom v. Francia, 58753/00 (2004).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Ramanauskas v. Lituania, 74420/01 (2012).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Teixeira de Castro v. Portugal, 25829/94 (1998).

DIMITROVSKA, Aleksandra. Undercover policing: a psychological review. Conference Paper: Security concepts and policies – new generation of risks and threats. 2017.

DIRDA, Michael. 'The First Detective': A devil extraordinaire. [en línea], 2011. Consultado el 15 de septiembre de 2019. Disponible en The Washington Post: [https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fentertainment%2fbooks%2fthe-first-detective-a-devil-extraordinaire%2f2011%2f05%2f25%2fAGckqbHH\\_story.html%3fnoredirect%3don&noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2fentertainment%2fbooks%2fthe-first-detective-a-devil-extraordinaire%2f2011%2f05%2f25%2fAGckqbHH_story.html%3fnoredirect%3don&noredirect=on)

DÁVILA, Andrés. Justicia e impunidad en Colombia: reflexiones a propósito de una reforma ¿fallida?, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, 2012.

FARFÁN MOLINA, Francisco. El agente encubierto en el proceso penal. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colección Derecho Penal No. 15. Bogotá, D.C.: Procuraduría General de la Nación. 2008.

FIJNAUT, Cyrille y MARX, Gary. Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective. La Haya, Países Bajos: Springer. 1995.

FORREST KEEN, Mike. Stalking Sociologists: J. Edgar Hoover's FBI Surveillance of American Sociology. Editorial Routledge, 1999.

FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN. Más sombras que luces: la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque. Bogotá, D.C.: Fundación Paz & Reconciliación. 2019.

GONZÁLEZ, Mabel. Narcotráfico y crimen organizado. Barcelona: Icaria Antrazyt. 2014.

HAY, Bruce. Sting Operations, Undercover Agents, and Entrapment. Missouri Law Review, 70(2), 387-431. 2005.

JOH, Elizabeth. Breaking The Law To Enforce It: Undercover Police Participation in Crime. Stanford Law Review, 62(1). 2009, pp. 155-199.

KEENAN, Kouri y BROCKMAN, Joan. Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada- Editorial Fernwood Publishing Co., Ltd. 2010.

KRUISBERGEN, Edwin y KLEEMANS, Edward. Undercover policing: Assumptions and Empirical Evidence. The British Journal of Criminology, 51(2), pp. 394-412.

KRUISBERGEN, Edwin; KLEEMANS, Edward y DE JONG, Deborah. Controlling Criminal Investigations: The Case of Undercover Operations. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 6(4). 2012, pp. 398–407.

LANDÍNEZ, Damián. Hay más de 2.400 grupos armados y de delincuencia organizada en Colombia [en línea]. Disponible en Bluradio: <https://www.bluradio.com/nacion/hay-mas-de-2400-grupos-armados-y-de-delincuencia-organizada-en-colombia-205207-ie430>

LE CLERQ, Juan Antonio & RODRÍGUEZ, Gerardo. *Global Impunity Index*, primera edición. San Andrés Cholula, Puebla: Fundación Universidad de Las Américas Puebla. 2015.

LE CLERQ, Juan Antonio & RODRÍGUEZ, Gerardo. *Índice Global de Impunidad*, primera edición. San Andrés Cholula, Puebla: Fundación Universidad de Las Américas Puebla. 2017.

LUPU, Yonatan & VOETEN, Erik. "The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations" (Mayo 14 de 2010).

MARCUS, Paul. The Development of Entrapment Law. *The Wayne Law Review*, 33(1). 1986, pp. 5-37.

MARX, Gary. *Undercover: Police Surveillance in America*. University of California Press, 1988.

MELGAR, Mario. Reseña de "A History Of The FBI: Tim Weiner". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional "Cuestiones Constitucionales"*, (27). 2012, pp. 409-420.

MILLER, Laurence. *Undercover Policing: A Psychological and Operational Guide*. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 21(2), 1-24.

MILWARD, David. *Opposing Mr. Big in Principle*. *U.B.C. Law Review*, 46(81). 2013.

NEWMAN, Graeme. *Sting Operations*. Office of Community Oriented Policing Services, U.S. Department of Justice. 1989.

REDACCIÓN NOTICIAS RCN. La impunidad en Colombia es del 99%: Néstor Humberto Martínez [en línea]. 2016. Recuperado el 15 septiembre de 2019: <https://noticias.canalrcn.com/nacional-justicia/impunidad-colombia-del-99-nestor-humberto-martinez>

ROSE, Drew. *Policing Dissent: A Brief History of Undercover Cops* [en línea]. 2014. Consultado el 2 de enero de 2019 en *The Occupied Times*: <http://theoccupiedtimes.org/?p=13479>

ROSS, Elizabeth. Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective. *The University of Chicago Law Review*, 69(3). 2002, 1501-1541.

ROSS, Jacqueline. *Undercover Policing and the Varieties of Regulatory Approaches in the United States*. *The American Journal of Comparative Law*, 62. 2014.

SAMPEDRO, Camilo. (2001). El agente provocador frente a la Constitución Nacional. *Derecho Penal y Criminología*, 22(71). 2001, pp. 19-22.

SAMPEDRO, Camilo. La prueba y el agente provocador. *Derecho Penal y Criminología*, 24(74). 2003, pp. 161-172.

SMITH, Steven; STINSON, Veronica & PATRY, Marc. Using the “Mr. Big” technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system?. *Psychology Public Policy and Law*, 15(3). 2009.

SPENCER, J. R. Entrapment and the European Convention on Human Rights. *The Cambridge Law Journal*, 60(1), 2001, pp. 30–33.

TZU, Sun. *El arte de la guerra*, Capítulo XIII. Nisi Lex Editores, 1999.

TAMAYO, Fernando León & NORZA, Eryvn. Midiendo el crimen: cifras de criminalidad y operatividad policial en Colombia. *Revista Criminalidad*, 60(3). 2018.

THE ENVIROMENTAL LITERACY COUNCIL. Trade-Offs, [en línea]: Consultado el 15 de diciembre de 2019 en: <https://enviroliteracy.org/environment-society/economics/trade-offs/>

THOMSON REUTERS. Details of FBI monitoring of Muhammad Ali become public [en línea], 2016. Consultado el 4 de enero de 2019: <https://www.cbc.ca/news/world/muhammad-ali-fbi-monitoring-1.3899580>

UNITED STATES, SUPREME COURT. *Sorrells v. United States* 287 U.S. 435. New York. 1932.

UNITED STATES, SUPREME COURT. *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66. 1970.

UNITED STATES, SUPREME COURT. 411 (U.S) 423. 1973.

VIDOCQ, Eugene Francois. *Memoirs of Vidocq - Principal Agent of the French Police*, Philadelphia: E. L. Carey & A. Hart, Chesnut Street., 1834