

Honorables:

Tribunal Superior – Sala Penal

Distrito Judicial de Cúcuta

Bogotá DC

E.S.D.

Asunto: Acción de tutela.

Accionados: Tribunal Superior -Sala Penal- Cúcuta.

Juzgado 5to Penal de Circuito de Cúcuta.

Derechos

Vulnerados: Debido proceso, derecho de defensa.

Contra: Auto de fecha 12 de Agosto 2021.

Auto de fecha 15 de Julio de 2021.

Dentro: Proceso radicado 54001-61-06079-2016-83151-01.

Obrando en mi calidad de procesado dentro del caso de la referencia Nº 54001-61-06079-2016-83151-01, donde el Tribunal Superior Distrito Judicial de Cúcuta, mediante auto de fecha 12 Agosto de 2021, confirmó la decisión del Juez 5to Penal de Circuito proferida el 15 de Julio de 2021, mediante la cual el primero confirmó la decisión de primera instancia, en no excluir del acervo probatorio como testigos a los agentes encubiertos y las evidencias recaudadas por estos. Muy comedidamente me permito instaurar ACCIÓN DE TUTELA, contra esas dos decisiones judiciales, por encontrarse vulnerando derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al derecho a la defensa e intimidad y no autoincriminación, lo cual procedo a sustentar en los siguientes términos:

1) El 15 de Julio de 2021, en audiencia preparatoria, en la fase de exclusión, inadmisión y rechazo, la bancada defensiva solicitó la exclusión de los dos agentes encubiertos, quienes se infiltraron a la estación de policía del corregimiento de Ricaurte, Municipio San Faustino, ubicado en Norte de Santander, y la citada solicitud de exclusión atendió ea los siguientes argumentos:

a) Los infiltrados, cuando asumieron la función de agente encubierto, no se hallaban adscritos a ninguna unidad de policía judicial como tampoco contaban con la capacitación necesaria para hacerse cargo de dicho rol o actividad de agente encubierto.

b) Los controles de legalidad tanto formal y material no se surtieron en el tiempo previsto de las 36 horas que la Ley establece tras la terminación de la operación de agente encubierto, por el contrario, la audiencia ante el juez de control de garantías se llevó a cabo dentro de las 36 horas siguientes en las cuales el agente de control o enlace había entregado otro informe acerca de las labores del agente encubierto.

c) Porque el uso de la figura del agente encubierto se efectuó por la Fiscalía General de la Nación, sin haberse realizado ningún test de necesidad y/o proporcionalidad por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías, la cual sólo se limitó a proferir su autorización mediante resolución, sin antes haberse exigido el agotamiento de otros medios tradicionales de investigación menos lesivos y atentatorios a la dignidad humana.

d) No se contó con la autorización previa del juez de control de garantías, para que los agentes encubiertos hubieran podido actuar en el lugar de trabajo de los investigados, recolectando información o elementos materiales de pruebas y evidencias físicas.

2) El Juez 5to Penal de Circuito, debido a la exclusión de evidencias formulada por la defensa, abre el correspondiente incidente de exclusión, el cual, una vez escuchadas las partes, tanto a la defensa como a la fiscalía, sobre sus argumentos, resuelve NO excluir tales testimonios de los dos agentes encubiertos:

a) Subteniente ANDRÉS EDUARDO MANTILLA FLÓREZ (obró como agente encubierto desde el 02 de Febrero de 2017, hasta el 27 de Mayo de 2017).

b) Subteniente YESID CAMILO MONTOYA GARZÓN (obró como agente encubierto desde el 30 de Junio de 2017 hasta el 24 de Enero de 2018).

Los motivos fueron: Si los particulares pueden actuar como agente encubierto, también, asimismo, cualquier miembro de la Policía Nacional lo podría haber hecho sin la necesidad de hallarse al momento adscrito a una unidad de policía judicial. Advierte que la operación de los agentes encubiertos no se vio afectada por el hecho de no pertenecer a la Policía Judicial en la fecha en la que se produjo la infiltración, esto por cuanto tales figuras se perpetraron conforme a la Ley y su operación finalizó en el tiempo comprendido por las ordenes autorizadas por la Dirección Seccional de Fiscalía de la ciudad de Cúcuta.

Respecto de los términos de control de legalidad, adujo que se originaron en forma debida, porque las audiencias se surtieron dentro de las 36 horas siguientes, sin haberse aún finiquitado la orden de operaciones que respaldaba el uso de agente encubierto.

En relación al test de ponderación, el uso de la figura de agente encubierto, como un método residual o subsidiario de investigación, no hizo ningún pronunciamiento en sí, o, sobre el asunto de fondo, delimitándose a afirmar que sólo el ente investigador contó con la autorización previa de la Dirección Seccional de Fiscalía, para infiltrar la estación de policía establecida en el corregimiento de Ricaurte, además, los controles de legalidad se surtieron en debida forma ante los jueces de control de garantías.

3) Por tal situación, la defensa interpone contra dicho auto de fecha 15 de Julio de 2021, recurso de apelación, fundamentando una absoluta inconformidad en los siguientes puntos:

a) Sobre el control formal:

La revisión no se efectuó dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación de agente encubierto: Este no se ejerció dentro de las 36 horas siguientes, al haberse terminado la operación de agente encubierto, pues las 36 horas no debieron contabilizarse a partir del informe que rinde el agente de control o el enlace del agente encubierto, sino del informe final que rinde el agente encubierto, tal y como establece el procedimiento.

Para el agente encubierto número uno, subt. ANDRÉS MANTILLA FLÓREZ, el cual inicio el 02 de Febrero de 2017 y terminó el 17 de Mayo de 2017, porque tenía que viajar a la ciudad de Bogotá para realizar estudios superiores, así que, al concluir su labor, la fecha del 17 de Mayo de 2017 debió de ser el término desde el cual contabilizar las 36 horas establecidas por la Ley, a fin de surtirse el control de legalidad. Sin embargo, el 30 de Mayo de 2017 fue la fecha que fue considerada para tal propósito, porque el agente de control entregó su informe a la fiscalía, y a la vez puso a disposición de la misma el informe rendido por el agente encubierto, esto es, 13 días después de haberse terminado la labor del agente encubierto.

En relación al 2do agente encubierto, Subt. YESID CAMILO MONTOYA GARZÓN, quién ostentó dicha labor desde el 30 de Junio de 2017 hasta el 24 de Enero de 2018, fecha en la que finalizó su labor de agente encubierto, porque debía regresar a Bogotá para concluir estudios superiores, así que ese 24 de enero entregó su informe sobre las 8:00 am, pero el agente de control no lo presenta hasta el 25 de Enero de 2018, y el control de legalidad no se efectuó hasta el 26 de Enero, es decir, 2 días después, cuando ya las 36 horas se encontraban más que vencidas, atendiendo a que las 36 horas comenzaban a descontarse desde el mismo instante que el agente encubierto rindió su informe final (24 de Enero de 2018, hora: 8:00 am) y no a partir del informe rendido por el agente de control o enlace (25 de Enero de 2018).

No ser los agentes encubiertos miembros adscritos a la unidad de policía judicial:

Judicial: Pues los miembros de policía, que fueron autorizados para realizar las labores de infiltración en la estación de policía del corregimiento de Ricaurte, no tenían la calidad ni la condición de policía judicial, como tampoco se encontraban adscritos a ninguna unidad de policía judicial, llámese DIJIN, SIJIN, CTI u otra unidad similar, ni tampoco una acreditada capacitación en labores de policía judicial y, menos aún, en las rigurosas tareas que realizan los agentes encubiertos.

Así pues, decir que, para iniciar y ostentar labores de agente encubierto, no eran requisitos imprescindibles la adscripción a la unidad de policía judicial ni el conocimiento de labores de policía judicial, no sólo implica un desconocimiento sobre la normativa que contempla el proceder de los agentes encubiertos, sino también un incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la Ley, así que adelantar tales infiltraciones configuraría una violación flagrante al debido proceso y a las formas propias de obtener las pruebas, por esto, la figura del agente encubierto debe de cumplir con unas habilidades concretas y con unos requisitos legales para ajustar su labor de infiltración al mayor de los rigores procedimentales, de lo contrario, los infiltrados acabarían como agentes provocadores de delitos, vulnerando los derechos de los procesados e incluso de terceros.

b) Sobre el control material:

No se cumplió con test de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad que debía realizar la Dirección Seccional de Fiscalías, para la utilización o no de

agente encubierto: En relación a este requisito, la defensa no comparte tampoco el hecho que la Dirección de Fiscalías de Cúcuta -Norte de Santander no hubiera cumplido con el test de proporcionalidad sobre la necesidad de hacer uso o no del agente encubierto, esto atendiendo que una vez revisada las Resoluciones No 027 de fecha 02 de Febrero de 2017 y 202 de fecha 30 de Junio de 2017, expedidas por la Dirección de Fiscalía Cúcuta - Norte de Santander.

Igualmente, no se efectuó ningún test de ponderación, es decir, si tal método de investigación resultaba constitucionalmente legítimo, idóneo, necesario y razonables, teniendo en cuenta la naturaleza de la organización criminal, la clase de delitos perpetrados y los métodos de investigación para identificar a sus coautores, el *modus operandi* y su financiación, de modo que se podría haber determinado si acceder o no a la figura del agente encubierto en beneficio de otros medios distintos y menos invasivos.

Pues la defensa advirtió que la Dirección Seccional de Fiscalía no cumplió con ese requisito material de proporcionalidad, el cual debió aplicarse teniendo en cuenta la naturaleza de la organización criminal a infiltrar, la gravedad de los delitos cometidos por esta y, las infructuosas labores de investigación adelantadas, las cuales arrojaron resultados negativos para la investigación.

La figura de agente encubierto es un método de investigación no ortodoxo, no convencional y más bien trasgresor de derechos constitucionales fundamentales a la intimidad y al derecho de la no autoincriminación de los investigados, porque el Estado acaba operando como el hampa común, entrampando y engañando para acceder a la prueba e información, medio único y no otro distinto, que permite desarticular y combatir esta clase de organizaciones criminales.

Revisada las resoluciones en mención 027 y la 202, se observa un incumplimiento de ese requisito, pues el test de ponderación, que debió efectuar el Director de Fiscalías, se utiliza para evitar el uso desmedido de la figura del agente encubierto, medida que resulta muy invasiva a los derechos fundamentales de los coasociados, de ahí que a la fiscalía delegada se le deba exigir claridad en cuanto a las razones que la condujeron a descartar los mecanismos de investigación tradicional, para considerar que el agente encubierto era el único medio para desarticular e identificar a los miembros de la empresa

criminal en mención, así como para acceder y obtener la prueba e información, con el propósito final de enjuiciar a los investigados.

Para la defensa, las resoluciones 027 y 202 carecen de tal análisis, dado que, al convertir la figura del agente encubierto en un medio de investigación convencional y principal, se desvirtúa como método excepcional y subsidiario, pues sólo puede utilizarse cuando se agotan los demás medios investigativos a tenor de su gran afectación de los derechos fundamentales, o bien cuando se combate una compleja y hermética organización criminal, en cualquiera de los casos, siempre cabe justificar las razones por las cuales se está utilizando la figura del agente encubierto, algo que nunca hizo la fiscalía.

4) Es así que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirma la decisión de Primera Instancia, y, por lo que respecta a los argumentos expuestos por la defensa, su respuesta fue dada en los siguientes términos:

a) Dichos aspectos fueron superados ante el juez de control de garantías en las audiencias de control posterior, donde se verificó las actuaciones de los agentes encubiertos sin que se advirtiera irregularidad alguna, por ende, estuvieron aferradas a la legalidad.

Argumento falaz, por cuanto el art. 238 del CPP, establece: "*Si la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de evidencias obtenidas*", lo cual dar por cierto que no admite ya discusión o controversia o solicitud de exclusión, porque ya fueron sujetos a control posterior, no sólo estaría soslayando tal disposición legal, sino, además de ello, atentando contra los derechos constitucionales fundamentales de la defensa a controvertir y contradecir las pruebas, pues, ante tal posición, se estaría delimitando el acceso a la administración de justicia y, en particular, el ejercicio de la defensa al proceso penal.

b) En lo que atañe al uso de agente encubierto, la fiscalía sí estableció su uso, esto teniendo en cuenta las características propias del caso, la calidad de los presuntos autores o partícipes (agentes de policía), la información suministrada por la fuente humana, lo que lo llevó a acudir a su utilización, luego no hay razón alguna para excluir la actividad

realizada por los agentes encubiertos, porque la fiscalía sí fundamentó en su momento el método de investigación utilizado.

Aquí la defensa no comparte tal apreciación, pues se incurre en un yerro sustancial, es decir, el test de ponderación, que debió realizarse por parte de la Dirección de Fiscalías para determinar o no el uso del agente encubierto, debió de basarse en la necesidad, pues, una vez desplegadas otras labores de investigación, tales como seguimiento de personas pasivas, entrega vigilada, vigilancia de cosas, interceptación de comunicaciones, entre otras, resultaban menos invasivas en relación al uso del agente encubierto.

Pues era al Estado a través del ente acusador a quién le correspondía justificar la necesidad del uso de la figura excepcional del agente encubierto, esto atendiendo que la única forma para poder individualizar, identificar a los coautores o partícipes de la empresa criminal investigada, su *modus operandi*, el origen de sus recursos de financiación, sus contactos con otras organizaciones criminales y demás, razones más que suficientes para utilizar este medio y no otro, si bien la Dirección de Fiscalía no realizó el test, limitando su labor a proferir la orden de autorización, sin hacer filtro, control o test de proporcionalidad, de esta manera, se adoptó el uso de la figura del agente encubierto, como un método de investigación principal y no como una figura excepcional o residual.

c) Sobre la legalidad del control posterior dentro de las 36 horas siguientes, de haberse terminado la operación de agente encubierto, el Tribunal Superior de Cúcuta revalúa y estudia nuevamente la temática, concluyendo que la labor del agente encubierto es un trabajo en equipo, donde el agente de control participa como supervisor del agente encubierto, luego, por ser el líder de la operación, afirma que la operación ya no acaba con el informe rendido por el infiltrado, sino con el informe rendido por el enlace o agente de control al ente fiscal, es decir, el líder de la operación es quién determina que la labor de agente encubierto ha finalizado.

A este respecto, si se revisan los precedentes, el propio tribunal sostenía que la operación de agente encubierto finalizaba cuando el infiltrado rendía su informe final, pues era a partir de ese momento en que se debía acudir ante el juez de control de garantías y no en otro, sin embargo, este planteamiento se ha invertido atendiendo

a que la infiltración del agente encubierto es una investigación compleja, de múltiples labores y de trabajo de equipo, donde el enlace es el líder, por este motivo, su informe establece la terminación de la operación encubierta.

La defensa se aparta de esta nueva posición, teniendo en cuenta que ello incurre en un error de interpretación de carácter sustancial, por cuanto la operación de agente encubierto no finaliza cuando el agente de control rinde su informe, sino cuando el agente encubierto hace lo propio, esto es, el agente encubierto no continua con la infiltración, ya sea por el incumplimiento de la labor encomendada, por el riesgo de ser descubierto o por otras circunstancias que no le permitieron continuar bajo la figura del agente encubierto, luego, es a partir de ahí y no en otro momento, cuando se debe acudir ante el juez de control de garantías, para que realice el control de legalidad, esto es, las 36 horas empieza a contarse cuando el agente encubierto rinde su informe y no el agente de contacto o control.

Por ello, no le asiste razón al *A-quo* ni al *Ad-quem* en sostener que el agente encubierto (que es el infiltrado) y el agente de control (que es el enlace) se trate de la misma figura, por cuanto para la defensa, una cosa es el agente de control, que no es la persona que hace la infiltración, ni tampoco la más indicada para decirse que las actividades del agente encubierto han terminado, y otra muy distinta es el agente encubierto o el infiltrado, persona que hace penetración a la organización criminal, identificando a sus miembros, recolectando información e incluso evidencias físicas para la investigación, entre ellas, sus alias y la forma de operar, captar recursos y financiación; actividades investigativas que sólo le corresponde determinar al propio agente encubierto y no al agente de contacto o control, para lo cual está para otra función.

Por lo tanto, el agente de contacto o control (el enlace) está para brindar su ayuda y apoyo al agente encubierto, cuando éste así lo requiere, ya sea para recibirle información o evidencias, incluso auxiliarlo cuando su vida se halle en riesgo, pero estas labores no lo hacen un agente encubierto más, y, menos aún, lo hacen ostentar el poder de decidir cuándo ha finalizado la operación de agente encubierto, puesto que no es la persona que se halla realizando la infiltración, pues eso le corresponde exclusivamente al agente encubierto, tal y como aduce la doctrina al definirlo como persona experta que tiene un nivel similar al del perito, lo cual refuerza aún más el hecho que sea el

agente encubierto a quien le corresponda una operación encubierta con su informe final.

Luego, no es el agente de contacto o control, sino el agente encubierto, la persona que hace la infiltración, quién decide el sí y el cómo va la operación encubierta y si ésta ya ha finalizado, nos lleva a afirmar que la operación de agente encubierto culmina cuando el infiltrado rinde su informe final y no cuando el agente de contacto o control, mediante otro informe, presenta el informe final del agente encubierto al ente acusador, para que éste acuda ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas y le imparta legalidad a las labores realizadas por el agente encubierto.

Se incurre en un error, al creerse que el agente encubierto y el agente de contacto o control se tratan de la misma persona, por cuanto una cosa es el infiltrado y otra muy diferente el enlace, y, aunque ambos hacen un equipo de trabajo, no comparten las mismas labores, así que no se debe entender que la operación de agente encubierto ha finalizado con la presentación del informe del agente de control, planteamiento que constituye una interpretación errónea del art. 242 del CPP, por lo que es inadmisible priorizar el informe del enlace por encima del informe del agente encubierto, aceptando el primero a pesar de incumplir el término previsto para el control de legalidad formal y material ante un juez de garantías, interpretación ésta que atenta también contra el principio del efecto útil de las normas, por cuanto se estaría haciendo mucho más allá de las 36 horas, establecidas por el estatuto procesal penal.

5) Con fundamento en lo anterior, es que el suscrito interpone una acción de tutela por encontrar que tanto el juez de Primera como de Segunda Instancia incurre en una vía de hecho, por incurrirse en un defecto sustancial, fáctico y procedural, sustentado así:

a) Las labores de agente encubierto deben ser efectuadas por miembros de policía judicial adscritos a la DIJIN, SIJIN o CTI o cualquier otra entidad que ejerzan funciones de Policía Judicial, atendiendo a que los agentes encubiertos se asimilan a peritos expertos por la complejidad del asunto y el riesgo que asumen al infiltrarse en organizaciones criminales, para recolectar información y evidencias que sirvan como elementos de material probatorio.

Luego, un miembro de policía, que no tenga los cursos respectivos ni conozca las funciones específicas de un agente encubierto por su falta de adiestramiento y capacidad, puede echar al fracaso la misión y poner en riesgo la investigación y su propia vida, o bien cometer el error de convertirse en un agente provocador, o, en el peor de los casos, hacer lecturas erróneas de los hechos que se halle viviendo y percibiendo, hasta tal punto de inculpar a personas inocentes ajenas al propósito de la investigación, todo esto por su falta de formación como agente encubierto y miembro de la Policía Judicial.

Es por eso que la doctrina dice que el agente encubierto se asimila a como si fuera un experto o perito, porque no sólo está adiestrado para no constituir la prueba, ni para inducir a nadie a delinquir o sembrar la idea criminal, sino, además de ello, para no hacer lecturas inadecuadas o errónea sobre los acontecimientos de los hechos, circunstancias de las cuales vive el infiltrado mientras se halle cumpliendo sus labores de investigación.

Por lo tanto, cuando el tribunal y el juez de Primera Instancia afirman que no es necesario que el agente encubierto sea un miembro de policía judicial, por cuanto los particulares también pueden obrar como agente encubierto, no es una justificación ni argumentación válida, toda vez que el agente encubierto debe estar adiestrado y capacitado, no sólo para lograr su infiltración y no ser detectado, sino para que las lecturas del contexto operacional no resulten erradas e incorrectas, ni tampoco incurra en faltas de un agente provocador.

Si bien es cierto que los particulares también pueden ser agentes encubiertos, pero no puede ser cualquier particular, sino aquellos particulares que ya son parte de la organización criminal o tienen relación con la misma, es decir, tienen la confianza ganada y debida, luego han decidido colaborar y servir a la administración de justicia, sin la necesidad de alterar su propia identidad, nombre o cualquier otro engaño, razón por la cual el tribunal y el juez de Primera Instancia yacen en una vía de hecho de carácter sustancial, por encontrarse interpretando erróneamente la disposición legal del agente encubierto, al creer que cualquier policía, asimilándolo a un particular, puede ostentar, asumir y llegar a desarrollar labores de agente encubierto, aplicando el apotegma que, quién puede lo más, puede lo menos.

b) En relación a las 36 horas siguientes en la que debió hacerse el control de legalidad formal y material del agente encubierto, no se puede solicitar su exclusión, porque ya un juez de control de garantías revisó la actuación e impartió legalidad; argumento falaz, pues la defensa en la audiencia preparatoria puede hacer lo propio, solicitando su exclusión de conformidad con el art. 238 del CPP, máxime que ninguno de los abogados que exigieron la exclusión participaron en las audiencias preliminares donde el juez de control de garantías dio por legal las labores realizadas por el agente encubierto, por tanto, es la audiencia preparatoria el escenario idóneo para que la defensa haga valer sus derechos y no otro, atendiendo a que las personas deben ser juzgadas con pruebas obtenidas de manera legal y licita por el ente investigador.

Ahora bien, el tribunal y el juez de Primera Instancia admiten que el control de legalidad si se surtió dentro de las 36 horas de haberse terminado la operación de agente encubierto, sin embargo, no es cierto, por cuanto el criterio para contabilizarse las 36 horas cuenta a partir de la terminación de la operación encubierta, es decir, el A quo y el Ad-quem entendieron que esta labor terminaba cuando el agente de control o contacto presenta su informe y no cuando el agente encubierto ha terminado su infiltración y hace lo propio, pues incurren en un defecto sustancial por interpretación errónea de la disposición que regula el agente encubierto, al creer que la operación encubierta finaliza una vez que el agente de control presenta su informe y no cuando el agente encubierto rinde el suyo, pues mal se haría adoptar tal interpretación, toda vez que quién realiza las labores de investigación es el agente encubierto y no el agente de control, luego está mal afirmar que la operación encubierta termina con el informe de agente de contacto o control, cuando éste sólo cumple funciones de enlace y no labores de investigación, ya que estas últimas son una atribución del infiltrado.

No obstante, el agente encubierto deba tener un enlace, pero éste no tiene responsabilidad en las labores del infiltrado, pues éstas las hace la persona experta que se infiltra, recauda la prueba y testifica en juicio oral en contra de los procesados, por tanto, el agente de contacto es un enlace de apoyo y controla el procedimiento de la cadena de custodia de los indicios materiales relacionados con la actividad delictiva de la organización criminal, pero la actividad investigativa es exclusiva del infiltrado, siendo él quien decide la finalización de la misión encomendada, para lo cual debe rendir un informe final dentro del término de Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe examinar el carácter ilegal de las labores de estos agentes encubierto, por un lado, el primer agente encubierto Subt. ANDRÉS MANTILLA FLÓREZ, su labor de infiltración terminó el 17 de Mayo de 2017 y el control de legalidad se efectuó el 30 de Mayo de 2017, es decir, 13 días después de haberse finalizado la operación encubierta, luego su actuación es ilegal, por cuanto su legalidad formal y material no se realizó dentro de las 36 horas siguientes de haberse terminado la operación en mención, sino 13 días después, cuando el agente encubierto presentó su informe final.

Igualmente, la misma suerte corrió el segundo agente encubierto Subt. YESID CAMILO MONTOYA GARZÓN, cuyo rol de agente encubierto finalizó el 24 de Enero de 2018, a las 8:00 am y el control de legalidad no se vino a efectuar hasta el 26 de Enero de 2018, ante juez de control de garantías, esto es, dos días después de haberse concluido la labor de la operación encubierta, cuando habían terminado las 36 horas para la legalización de la labor de agente encubierto, esto es, el tiempo que inició a contabilizarse una vez que el agente encubierto rindió su informe final al agente de control, el día 24 de Enero de 2018, pues ya había terminado el día 25 de Enero de 2018, debiéndose decretar la ilegalidad de la actuación del agente encubierto.

C) En lo que atañe al test de proporcionalidad por parte de la Dirección Seccional de Fiscalía, la defensa advierte que tanto el *A-quo* como el *Ad-quem*, incursionaron en una vía de hecho factual, al no valorar de manera adecuada las resoluciones 027 de fecha 02 de Febrero de 2017 y 202 de Junio de 2017, proferidas por la Dirección Seccional de Fiscalía, al autorizar el uso de agente encubierto, sin que se hubiera establecido si el ente investigador cumplió o no con los requisitos mínimos para optar por el uso del agente encubierto.

La disposición legal art. 242 CPP se refiere a que el juez, al impartir legalidad de la actuación de agente encubierto, debió determinar que esta labor se hubiera originado y ejecutado bajo los parámetros de los requisitos formales y materiales de la figura de agente encubierto.

Para mayor claridad, los requisitos formales son: i) la existencia de motivos fundados sobre la existencia de una organización criminal y que los posibles imputados

tienen una relación con esta. ii) Que se cuente con la autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías. iii) Que quién realice la infiltración sean miembros de Policía Judicial o, si es un particular, sea aquella persona que tenga ya la confianza suficientemente ganada de la organización criminal, para aportar información. iv) Si el agente encubierto va a interactuar o estar ingresando en el lugar de trabajo o domicilio de los investigados, cuente con la autorización previa de un juez de control de garantías, para poder proceder a ello. v) Que la orden proferida de agente encubierto no sea dada por un término superior de un (01) año, prorrogable por otro año más, claro está, debidamente justificado. vi) Que el control de legalidad se efectúe dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación de agente encubierto, ante el juez de control de garantías.

Los materiales son: i) Que la infiltración se efectúe ante una organización criminal, pero no cualquier organización criminal, sino debe ser una que, por su forma de operar, por la calidad o condición que ostenta sus miembros y los recursos que maneja, los métodos tradicionales de investigación, les resultan improductivos, inanes y nefastos para combatir esta clase de empresas delictivas. ii) La necesidad, pues una vez la fiscalía haya agotado los medios tradicionales de investigación, estos han resultado infructuosos, para establecer quiénes son sus miembros, sus alias, su *modus de operandi*, el origen de sus recursos y financiación, debiéndose acudir a métodos menos ortodoxos y más lesivos e invasivos a los derechos fundamentales, para obtener la prueba e información y así poder desarticular estas organizaciones criminales. iii) La gravedad de los delitos, es decir, debe ponderarse que los delitos que se investiguen, sean delitos graves, de alto impacto social, que valgan el peso en relación a los derechos fundamentales que resultan vulnerados, pues no hay que desconocer que el uso de la figura de agente encubierto, para el estado poder combatir y contrarrestar esta clase de organizaciones criminales, no le queda otra opción que acudir al uso del agente encubierto, que por su naturaleza, los infiltrados deben y tienen que mentir, para engañar y obtener una verdad, verdad que se hace suya, lesionando derechos fundamentales a la intimidad de los investigados y al principio de la no autoincriminación.

Con fundamento en lo anterior, la defensa instaura esta acción de tutela, por cuanto ni el juez de Primera Instancia ni de Segunda Instancia cuestionaron las resoluciones mencionadas, donde se autorizaron el uso de agente encubierto, por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías, toda vez que éstas carecieron de un test de ponderación por

parte del Director, solo limitándose autorizar su uso, sin haberles exigido al ente investigador, el haber agotado otros medios de investigación, más convencionales y respetuosos a los derechos fundamentales, para autorizar el uso de agente encubierto.

Como tampoco se hace una manifestación, que la organización criminal, a la cual iba ser objeto de infiltración, ameritaba o no el uso de la figura de agente encubierto, pues no hay que olvidar que resulta invasivo para los derechos fundamentales, además, no está hecha para combatir todas las clases de hampa común, sino sólo para aquellas empresas criminales que tienen ciertas características, tales como su forma de actuar, la calidad de los miembros que la componen y la cantidad de recursos que manejan, así que sería inane para el ente investigador obtener esa información con los métodos convencionales de investigación que acoge el estatuto procesal penal, en este caso, las interceptaciones de comunicaciones, los registros y allanamientos, las entrevistas, la vigilancia de cosas, el seguimiento de personas pasivas, entre otras, que son más respetuosas y garantes a los derechos fundamentales del individuo.

De tal forma, como puede advertirse, las resoluciones 027 y 202 no fueron objeto de ningún control material, ni por parte de la fiscalía ni por el juez de control de garantías que le impartió legalidad a la actuación de agente encubierto, luego, como no se hizo ningún control y tampoco hubo un pronunciamiento de fondo por parte de los jueces tanto de Primera como de Segunda Instancia, en que si existió o no un test de ponderación sobre las resoluciones en mención. Por lo tanto, la defensa considera una flagrante violación a los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y contradicción de las resoluciones 027 y 202, al no haber un pronunciamiento en sí, por los jueces de Primera y Segunda Instancia en cuanto a sí hubo o no un control material sobre el uso o no del agente encubierto por parte de la Dirección de Fiscalía.

En este sentido, la defensa advierte que la Dirección de Fiscalía no hizo un test de ponderación, pues, revisada ambas resoluciones, sólo se limitó autorizar el uso de agente encubierto, sin haberle exigido al ente fiscal, el agotamiento o el abordamiento de otros métodos más convencionales de investigación y menos lesivos a los derechos fundamentales de los procesados, para combatir y desarticular tal organización criminal,

luego, al no haber ese test de ponderación y no haberse tampoco desarrollado por parte del juez de Primera y Segunda instancia.

Es por eso que la defensa reclama la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y contradicción, sin soslayar, si bien es cierto que, el tribunal mencionó que la Dirección de Fiscalía sí hizo un test de ponderación, porque, al pedir el uso de agente encubierto a la Dirección de Fiscalías, el ente investigador refirió la calidad de sus miembros, eran policías, pero lo que acá en sí se reclama, es que en las resoluciones que autorizaron el uso de agente encubierto, ninguna de éstas desarrolló de manera jurídica el test de proporcionalidad en relación con el porqué se hacía necesario el uso de agente encubierto.

D) En lo que refiere a la Sentencia C-156 del 06 de Abril de 2016, proferida por la Corte Constitucional, que requiere autorización previa de un juez de control de garantías, para que el agente encubierto pueda ingresar y participar en las reuniones en el lugar de trabajo o domicilio de los procesados, situación que sí se abordó y, aun así, si no se hizo en el recurso de alzada, la defensa en Primera Instancia sí lo alegó, luego, debió el tribunal pronunciarse sobre el asunto, pues no hay que olvidar que todos los jueces, incluyendo los tribunales, son jueces constitucionales y como tal, no pueden ser convidados de piedra ante tal situación, entonces de advertirse dicha vulneración, se debió de oficio abordar la temática y desarrollarla, atendiendo a que los derechos, que se hallan en discusión, son derechos constitucionales fundamentales.

Luego, no hacerlo, adolecería las decisiones judiciales de una falta de motivación , y no podría recibirse de excusa, que la bancada de la defensa no los evacuó ni los abordó en la sustentación de su recurso de alzada, de modo que el juez de Segunda Instancia no debe ni puede hacerlo en su providencia, máxime si esta situación pulula y una de las controversias, que se originó ante el juez de Primera Instancia, fue que el agente encubierto ingresó y obró en el lugar de trabajo de los policiales, sin que su actuación de infiltración estuviera avalada previamente por el juez de control de garantías.

Es por ello, con fundamento en lo anterior, solicito:

PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales del suscrito, por verse en curso la decisión del JUEZ 5TO PENAL DE CIRCUITO DE CÚCUTA y TRIBUNAL SUPERIOR DE CÚCUTA – SALA PENAL, vulnerando los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, contradicción, acceso a la administración de justicia, intimidad y no autoincriminación, por las razones y los motivos expuestos.

SEGUNDO: ORDENAR, dentro del término de las 48 horas siguientes, rehagan la actuación, excluyendo el uso de los dos agentes encubiertos y demás evidencias recolectadas por estos, por haber hecho uso de esta figura sin los requisitos previamente establecidos en la Ley.

NOTIFICACIONES:

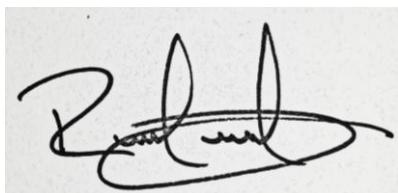
RAÚL HERNANDO MOJICA MORA:

Correo electrónico: raulhernandomojica@gmail.com

Kyulieth04@gmail.com

Celular: 322-9131676 – 316-4981142

Atentamente,



RAÚL HERNANDO MOJICA MORA
CC. 1.090.174.674 DE CHINACOTA
DIRECCION: AV 10 # K62-1 ALFONSO LOPEZ, EL ZULIA N.D.S

Adjunto:

- 1) Auto 2da instancia Tribunal Sala Penal, mediante la cual se resuelve la solicitud del recurso de apelación sobre la exclusión de agente encubierto.
- 2) Resolución 027 de fecha 02 de febrero de 2017, donde se autoriza el uso de la figura de agente encubierto.
- 3) Resolución 202 de fecha 30 de Junio de 2017, donde se autoriza el uso de agente encubierto.