

**AGENTE ENCUBIERTO: RETOS DE LEGALIDAD, EFICACIA Y RESPETO
A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

MASTER OFICIAL UNIVERSITARIO

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

SANDRA MILENA CUYARES BUITRAGO

AGENTE ENCUBIERTO: RETOS DE LEGALIDAD, EFICACIA Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Resumen

Debemos entender que la sociedad actual contemporánea se identifica por ser globalizada y de riesgo, en tal sentido es una sociedad multidimensional y vive en unos cambios constantes frente a los procesos de interacción políticos, sociales, económicos, tecnológicos y culturales que impactan de manera significativa las relaciones sociales, jurídicas, y por supuesto, la política criminal.

Parte del problema que debe enfrentar el sistema judicial colombiano es la delincuencia organizada, y manifiestas a través de organizaciones de narcotráfico, de falsificación de moneda, trata de personas, bandas de delincuencia común, entre otros.

La criminalidad en Colombia no es propia de un municipio o ciudad, ya que estas organizaciones sobrepasan las fronteras, es decir se está frente a la globalización del delito, lo que implica desarrollar procedimientos investigativos ágiles que permitan contener estas organizaciones delictivas.

Una de las estrategias para combatir las actividades delictivas y lograr desmantelarlas, utilizada como técnica de investigación en diferentes países, es el agente encubierto.

En Colombia, un funcionario de la policía judicial con el fin de obtener información para cierto tipo de investigaciones se infiltra en la organización delictiva para conocer su estructura, sus actividades, las relaciones y sus integrantes.

Ahora bien, las actividades que realiza en función de su labor, implican ciertas condiciones especiales que de una u otra forma pueden afectar la legalidad de la actuación. Por ello, la importancia de revisar las técnicas de investigación con el fin de delimitar las acciones sin afectar la eficacia de la misma, ni los derechos fundamentales de los individuos.

Palabras Clave: Agente encubierto, legalidad, derechos fundamentales, organización criminal

Abstrac

Part of the problem that the Colombian judicial system must face is organized crime, and you manifest through drug trafficking, counterfeit money organizations, human trafficking, common crime gangs, among others.

Criminality in Colombia is not typical of a municipality or city, since these organizations go beyond borders, that is, they are facing the globalization of crime, which implies developing agile investigative procedures that allow these criminal organizations to be contained.

One of the strategies to combat criminal activities and dismantle them, used as a research technique in different countries, is the undercover agent.

In Colombia, an official of the judicial police in order to obtain information for certain types of investigations infiltrates the criminal organization to know its structure, its activities, relationships and its members.

However, the activities carried out according to their work, imply certain special conditions that in one way or another may affect the legality of the action. Therefore, the importance of reviewing research techniques in order to delimit the actions without affecting their effectiveness, nor the fundamental rights of individuals.

Keywords: Undercover agent, legality, fundamental rights, criminal organization.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad en Colombia, se ha convertido en tema que requiere de mecanismos que combatan este tipo de delincuencia; es por ello que este trabajo de investigación se centra en el estudio de los agentes encubierto, sus funciones, regulaciones y técnicas para que su labor sea eficaz y garante del respeto por los derechos fundamentales.

Este trabajo de investigación retomará los elementos esenciales de los procedimientos requeridos de agentes encubiertos y los medios que afianzan su trabajo de investigación y la legalidad de los mismos para garantizar la claridad, eficacia y respeto que la actividad requiere.

Cabe resaltar que la metodología para la obtención de pruebas suficientes que logren el procesamiento y condena de los responsables de delitos, en la labor de los agentes encubierto, el legislador debe dar la plena garantía en la protección de los derechos fundamentales del indiciado.

Los artículos 241 a 242A del Código de Procedimiento Penal, facultan las investigaciones encubierto en el ingreso a reuniones en el lugar de trabajo y al domicilio del imputado, situación que implica una injerencia en el derecho fundamental de la intimidad y otros derechos constitucionales contemplados en el artículo 250 de la Carta. Ahora bien, para que la operación en cubierto sea lo suficientemente eficaz se han determinado unos parámetros. Sin embargo actualmente se presentan diversidad de interpretaciones que pueden dificultar los procedimientos.

A pesar de la existencia de reglamentación, la ambigüedad que ha presentado esta figura en el sistema procedimental penal requiere detallar aspectos que generen precisión y claridad para la eficacia de los mismos.

Este trabajo encuentra su justificación en la necesidad de que generar un equilibrio entre la debida aplicación de los parámetros relacionados con el debido proceso contemplados en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y el desarrollo de las actividades judiciales que propenden por la lucha en contra de la criminalidad (en este caso de la criminalidad organizada). En otras palabras, se trata de garantizar que las labores

investigativas de las autoridades competentes respeten los parámetros superiores de derecho contemplados en la norma rectora, sin que ello represente per se una puerta de entrada a la impunidad.

Esto tiene una preponderancia particular en el caso colombiano, ya que si de algo se duele la sociedad colombiana es de la impunidad, así de acuerdo con las estadísticas presentadas por la Fiscalía General de la Nación, en los reportes anuales (2019-05-24) existe un número de 3.428.524 indiciados de los cuales solo 545.894 han sido acusados.

Por supuesto, calificativos como el anterior llevan a la necesidad de que desde todos los espacios, incluyendo por supuesto los entornos académicos, se estudien las alternativas de mejoramiento de los procedimientos penales y se formulen iniciativas que busquen un mejor desarrollo de cada una de las estrategias de investigación judicial entre las que se destaca la labor del agente encubierto cuyo actividad no es para nada irrelevante, todo lo contrario, es como se ha venido indicando, una de las labores con mayor valía en el campo de la investigación criminal; pues bien, precisamente por ello, esta labor, la del agente encubierto, debe ser estudiada con sumo detenimiento ya que por sus características representa riesgos procesales en la medida que en su desarrollo se pueden afectar derechos fundamentales:

...Las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos, cuando suponen el ingreso a reuniones en lugares de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, aunque son técnicas de investigación no prohibidas por la Constitución, interfieren en: (i) la intimidad del domicilio; (ii) la intimidad de las comunicaciones; (iii) la intimidad de la vida familiar; (iv) la intimidad personal del pasado –jurídico penalmente irrelevante- de los individuos; (v) en la cierta legalidad de las intervenciones en la intimidad; pero además (vi) en la confianza legítima en las autoridades públicas y en los demás asociados; (vii) y en la sujeción al principio de legalidad material, inherente al Estado de Derecho, que establece tipos penales para proteger bienes jurídicos. (Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2016).

En tal virtud, resulta imperativo que las actuaciones del agente encubierto se protocolicen en debida forma, de tal suerte que durante su desarrollo se garanticen cada uno de estos parámetros superiores, lo que en definitiva permitirá que no se afecte el desarrollo procesal y se garantice con ello la administración de justicia en beneficio de la sociedad

colombiana, con lo que sin duda alguna se justifica una iniciativa como la contenida en el presente documento.

A nivel internacional, también se observa el mismo parámetro, en donde el Jefe de la Policía Nacional de España y Jefe de la Sección de Cocaína de la Unidad Central de Estupefacientes Española Eloy Quiroz Álvarez, mencionan (primer Simposio Internacional de Investigación Criminal, 1999):

Dentro de los instrumentos con que podemos contar, están en primer lugar la investigación especializada con unidades específicas en cada área y formación suficientes para atacarlas; en segundo lugar, con recursos que generalmente son escasos; en tercer lugar con la cooperación internacional efectiva basados en la confianza entre cuerpos policiales, y en cuarto lugar con una legislación adecuada, punto muy importante.

Este trabajo de investigación tratará capítulos distribuidos así: Una introducción, un capítulo de antecedentes, el marco conceptual que desarrollará los conceptos de crimen organizado, operación encubierta, agente encubierto, seguido se presentará el marco normativo y posteriormente se presentarán algunos casos de sentencias internacionales sobre el tema con el fin de determinar los puntos de equilibrio e igualdad entre los países que se presentan en la aplicación de los procedimientos realizados en este tipo de actividad.

Cabe anotar que este trabajo de investigación está dirigido a estudiantes, investigadores, agentes en cubierto, fiscales y todos aquellos que deseen reconocer los mecanismos necesarios para que en este tipo de trabajos se cumplan con las garantías procesales y se reafirme la efectividad de los procesos.

Se estudiarán los fundamentos y/o principios que rigen la ciencia del derecho en cuanto a los parámetros normativos delineados por el sistema en cuanto a los agentes encubierto. De tal forma, que mediante los principios legales y la interpretación de los postulados se aclararán preceptos legales que en materia de derecho penal subsisten en torno al tema de investigación.

Es entonces guiado por la metodología dogmática jurídica aunado a procesos inductivos, que se retomarán datos para llegar a unidades de información abstractas.

Como elemento esencial se tendrá en cuenta la interpretación de hechos que estén relacionados con el contexto, la historia y las concepciones propias sobre el tema de la investigación.

II. ANTECEDENTES

Las diferentes formas de delincuencia asociada (terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) y la transnacionalización de las actividades criminales, conminan a que los Estados proporcionen respuestas contundentes basadas en el principio de colaboración y ayuda mutua con otros Estados.

En Colombia en materia penal la posibilidad de permitir la realización de actos poco convencionales, como es el caso de los agentes encubierto, para lograr judicializar organizaciones criminales se convierte en una técnica necesaria para la recolección de elementos probatorios.

La ausencia de efectividad en los procesos de investigación penal, es una de las preocupaciones que implican el estudio y análisis de la aplicación de los mismos.

Por ello es preciso determinar que el único objetivo de este tipo de procedimientos es conseguir información, no puede existir provocación o presión para que se cometa el delito, no pueden existir irregularidades en la recolección para que no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.

Tal como dice la Corte:

El objetivo de la infiltración es conocer la mayor información posible que se obtiene a través de medios engañosos, cuando de una conversación “espontánea” se logran obtener datos que van a ser posteriormente utilizados en una investigación. (Corte Constitucional, Sentencia 27941 de 2009, p. 3)

Es decir, la razón de los agentes encubiertos es la búsqueda de elementos probatorios en una actuación en la que el presunto implicado no se percata que los está suministrando o si llega a saberlo, no dimensiona las consecuencias de ese acto porque no de otra forma lo haría, y es un medio cuestionado, pero consagrado en la ley, para lograr infiltrar e

investigar organizaciones criminales siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas, tal como lo dispone la Ley 906 de 2004.

Recientemente la doctrina ha desarrollado esta figura procesal y expuesto que: Las investigaciones encubiertas son una forma especial de obtención de información y datos relevantes para el proceso penal; ellas se sirven del “engaño” como uno de sus elementos esenciales; en este caso el indiciado o imputado sabe perfectamente que está dando una información, lo que no sabe es con qué fin, ni las consecuencias de su manifestación, en esto se basa el actuar secreto. (Corte Constitucional, Sentencia 27941 de 2009, p. 2).

1. Aproximación conceptual

Las deficiencias investigativas son de los desafíos más apremiantes para la acción penal en Colombia, pues además de elevar costos incrementan la impunidad (el país ha sido calificado como el tercero con mayor impunidad en el mundo), que favorece los intereses de la delincuencia organizada que adquiere con ellas un mayor campo de acción en desfavor de la comunidad. Para contrarrestar lo anterior se requiere, entre otros aspectos, perfeccionar las actividades investigativas, entre ellas, las relacionadas con la labor del agente encubierto y la entrega controlada para que las mismas generen productos de calidad acordes al requisito de legalidad.

Y es que precisamente la labor del agente encubierto, por su naturaleza y características, representa una fortaleza para el desarrollo de las investigaciones penales en la medida que de ella emerge información valiosa para contrarrestar los actos criminales, particularmente los que realizan las estructuras criminales que hacen del delito una industria tecnificada y sistemática que afecta de diversas formas a la sociedad, gracias a elementos que propician su surgimiento, reproducción y fortalecimiento, entre los que se destacan (i) las condiciones sociopolíticas y económicas; (ii) la incapacidad estatal para proveer justicia y debilidad en los sistemas judiciales; (iii) la migración; y (iv) la utilización de estructuras criminales preexistentes (Cajiao, González, Pardo, Daniel, & Oswaldo, 2018, p. 17).

Pues bien, precisamente es respecto del segundo factor, (incapacidad estatal para proveer justicia y debilidad en los sistemas judiciales) mencionado por los autores, está relacionado como ya se dijo, con las debilidades que se presentan respecto a la aplicación

del ejercicio de agente encubierto como insumo probatorio en los procesos penales, que si bien ha representado resultados importantes en la materia, no deja de plantear retos y dificultades como los que se estudiarán en el presente texto.

Un acercamiento a dicha problemática es expuesto por Ramírez (2010), quien refiere que las operaciones encubiertas, según se encuentran reguladas en el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, desde su inicio y durante la totalidad de su desarrollo sólo son controladas por el fiscal a cargo de la investigación añadiendo que el juez de control de garantías solo entra a realizar una revisión de la legalidad formal y material del procedimiento en el marco de las 26 horas siguientes a que se culmina dicha actividad lo que se puede traducir en excesos que afecten los derechos fundamentales que a la postre darían lugar a falencias sustanciales y sus respectivas consecuencias en el trámite del proceso (p. 46).

Sin duda, afirmaciones como los anteriormente descritos, suponen la necesidad de estudiar a fondo la labor del agente encubierto, el procedimiento reglado en la normatividad penal colombiana y los riesgos procedimentales conexos a esta labor, todo ello con el fin de que contribuyan a su perfeccionamiento y disminuyan el margen de falencias que capitalizadas en un proceso penal pueden derivar en el fracaso de la investigación y con ello apoyar de manera indirecta la labor criminal que como lo indicó el autor antes mencionado, se vería propiciada gracias a la ausencia de medidas penales.

La labor del agente encubierto ha sido una constante en los conflictos de la humanidad y en el desarrollo de las estructuras de los Estados según lo recuerda Rank quien la califica como la segunda profesión más vieja del mundo, descripción que sustenta en antecedentes como los doce espías judíos que de acuerdo al libro de Números fueron, enviados por Moisés a Canaán antes de tomar la “tierra prometida”, la manifestación que hace Sun Tzu en el capítulo final del Arte de la Guerra quien incluso llegó a calificarlos en cinco tipos (locales, internos, dobles, falsos y destacados), la historia de Sir Francis Walsingham al servicio de la Reina Isabel I de Inglaterra en el siglo XVI, los espías de la guerra fría entre otros incontables ejemplos que llevan a señalar a Rank (2014) que “a pesar de que son por su naturaleza ilegales, realizan actos indispensables de servicio para la sociedad” (p. 12).

Debe destacarse que las labores de investigación en la que se utilizan agentes encubiertos, gracias a los avances científicos y tecnológicos son cada vez más especializadas y diversas; además, no solo son aceptadas sino además promovidas e incluso elevadas a la categoría de deber por la comunidad internacional, tal y como se expresó en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como la Convención de Palermo (aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003) , en la que se indicó:

Técnicas especiales de investigación.

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada. (Convención de las Naciones Unidas, 2000, art. 20)

Dentro de sus características resultan relevantes las mencionadas por Cardoso (2012), quien señala que en principio debe ser una persona, ordinariamente integrada a las fuerzas de seguridad del Estado, designado para investigar y descubrir una conducta delictiva en marcha o en desarrollo, buscando pruebas, datos e informaciones que contribuyan a desarticular la organización criminal para lo cual utiliza una identidad supuesta con el fin de infiltrarse y obtener la confianza de otros miembros de la organización delictiva (p. 234).

El mismo autor hace una distinción entre la figura de agente encubierto y otras que tienen objetivos y actividades similares pero que no se adecuan a dicho criterio como el informante y el “*undercover agent*” propio de los modelos policiales angloamericanos.

Respecto a este último, refiere Cardoso (2012) que

si bien tiene un sistema de trabajo similar al del agente encubierto, su distinción radica en que sus tareas no están subordinadas o directamente orientadas a una investigación criminal en concreto, sino que se trata de un agente que se infiltra de modo genérico en ámbitos y organizaciones diversas, en curso de las cuales obtiene informaciones múltiples sobre diferentes eventos delictivos asociados indistintamente a la delincuencia común u organizada; en

contraste, la actuación del agente encubierto hace parte de una operación específicamente destinada a contrarrestar y neutralizar las actividades de una organización en particular (p. 263).

También hace una distinción entre el agente encubierto y el agente provocador insistiendo en que se trata de figuras completamente distantes no solo por la naturaleza de su labor sino por la legalidad de las mismas en los marcos jurídicos modernos propios de los Estados Sociales de Derecho.

Al respecto, el autor recuerda que el agente provocador es una figura de origen francés originalmente conocida como “*agent provocateur*” expresión propia del periodo absolutista francés en tiempos de Luis XIV que se utilizaba para distinguir a los delatores que provocaban los actos criminales. Pues bien, precisamente la labor del agente provocador, en contraposición a la del agente encubierto, consiste en instigar o inducir con engaños a un tercero para que éste realice una infracción penal que no habría cometido con la provocación del agente, siendo esto abiertamente contrario a los sistemas de responsabilidad penal de los sistemas democráticos actuales, razón por la cual está proscrita su legalidad (Cardoso, 2012, p. 267).

De igual forma, distingue el concepto del denominado “*pentiti*” de origen italiano también conocido como “arrepentido” o “colaborador con la justicia” cuya distancia con el agente encubierto radica en dos aspectos, por un lado, que se trata de una persona que ya estaba en la organización criminal y que participaba de las actividades criminales de la misma; por otro, que su colaboración tiene como propósito exclusivo el evitar la penalización o la de lograr la disminución de la medida penal (Cardoso, 2012, p. 270).

2. El crimen organizado

El crimen organizado es denominado como un grupo delictivo con características específicas de mayor complejidad que la delincuencia común.

...considerada, en general, como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes

del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero. (Ramírez, 2010, p. 18).

Las organizaciones criminales presentan condiciones específicas en las que se delimitan sus actuaciones; elementos como la pluralidad, la voluntariedad, la temporalidad y la finalidad delictiva común, son sus características concretas, aunadas a su carácter duradero, su respeto por las jerarquías, la logística, la planificación y el uso de estrategias para cometer el delito.

La utilización de extorsiones, amenazas, secuestros, chantajes, lesiones, asesinatos con el fin de ejercer posiciones dominantes y de control son las fuentes de ganancia para proteger y expandirse con la diversificación de sus intereses ilícitos.

La lucha se convierte en objetivo legislativo y administrativo no solo a nivel nacional sino internacional. En Colombia, la adopción de medidas para atacar esta clase de delincuencia requiere de entes encargados de perseguir y reprender penalmente.

Así, con el argumento de dar la necesaria respuesta social preventiva y represiva frente a la criminalidad organizada, recientemente en los ordenamientos jurídicos internos de diferentes países se han ido incorporando técnicas de investigación que comprenden figuras como el seguimiento pasivo de personas o cosas, entregas vigiladas, informantes, **agentes encubiertos**, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, entre otras, que permitan a las autoridades establecer y comprobar delitos con tan alto grado de sofisticación y complejidad como los realizados por las organizaciones criminales, buscándose alcanzar a los más importantes partícipes de los mismos. (Ramírez, 2010, p. 22) (Subrayas propias).

Estas actividades anónimas, realizadas por autoridades judiciales conllevan a procesos de investigación que implican diversidad de riesgos, dignos de abordar.

Para que proceda en Colombia la infiltración en organización criminal se requiere la existencia de delincuencia organizada, la cual puede partir de dos o más personas que actúan con permanencia y organización, para cometer delitos seleccionados por sus miembros de manera indeterminada.

Son requisitos para la infiltración en organización criminal (Ley 906 de 2004), los siguientes:

- Deben existir motivos razonablemente fundados de que el indiciado pertenece o está relacionado con alguna organización criminal.
- Policía judicial realizara el análisis de la estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma.
- Se ordenara la planificación, preparación y manejo de una operación.
- Siempre que sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas.
- Pueden ser uno o varios funcionarios de policía judicial.
- Pueden ser particulares, quienes no modifican su identidad y sean de la confianza del indiciado o imputado.
- Están autorizados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado.

3. Operación encubierta

De acuerdo con el Manual de Policía Judicial realizado por la Fiscalía (2019), identifica la operación encubierta como:

Una técnica especial de investigación, mediante la cual uno o varios agentes con funciones de policía judicial, servidores públicos sin funciones de policía judicial o particulares, son autorizados para infiltrar o penetrar un grupo delictivo organizado, con el fin de buscar EMP y EF, indagar sobre la identificación de autores, partícipes, bienes, instrumentos y productos en la comisión de una conducta punible y recolectar información que resulte de interés para la investigación penal. (p. 33).

La reserva de la información por parte del agente encubierto y la identidad del agente son las características esenciales para el éxito de la operación encubierto.

Esta actuación una vez finalizada requiere de su comunicación inmediata (12 horas posteriores) mediante informe del policía judicial al fiscal y seguido (máximo 24 horas después) al juez de control de garantías con el fin de solicitar su legalidad.

4. Agente encubierto

En primer lugar la Corte recuerda que:

las operaciones encubiertas son técnicas especiales de investigación criminal, en las que un funcionario de policía judicial o un particular debidamente escogido para el efecto se infiltra en una organización, desde luego criminal y con ello se busca obtener información relacionada con (i) su estructura, (ii) la identidad de sus miembros y sus funciones, (iii) las actividades colectivas e individuales que realizan, (iv) los contactos que tienen, (v) los medios que emplean para llevar a cabo sus estrategias criminales, (vi) sus formas de financiación, (vii) los objetivos delictivos que proyectan. (Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2016).

Se destaca que para lograr dichos propósitos, los agentes encubren o disfrazan su verdadera identidad, sus móviles y las finalidades de su actuar, con lo que se busca adquirir la confianza de los integrantes del grupo u organización criminal para que se logre la obtención de datos relevantes a la indagación o investigación penal.

Igualmente la corte, agrega que bajo ciertas condiciones y limitantes para el desarrollo de operaciones encubiertas en la persecución penal, se hace necesario como primera medida, que el fiscal del caso tenga motivos fundados, conforme a los medios cognoscitivos previstos en el Código Penal, que lo lleven a inferir que el imputado o indiciado continúa desarrollando actividades criminales. Con ello, se recuerda la necesidad de sustentar la decisión de esta labor a partir de la existencia de un hecho que por sus características requiere la intervención de un agente encubierto y es precisamente a ello a lo que se refiere la norma cuando menciona los “motivos razonablemente fundados”.

Además de lo anterior, infiltrar organizaciones criminales a través de agentes encubiertos debe proceder la necesidad operante para la garantía del éxito de la investigación, lo que da lugar a la necesidad de sustentar qué tan indispensable es la actuación encubierta, descontando la existencia de otros medios que generen un resultado exitoso para la misma.

Por otro lado, en términos de requisitos, como lo refiere la corte de cierre recordando el contenido de los parámetros normativos de dichas actividades, estas deben contar con la autorización del director nacional o seccional de fiscalías, sin que sea posible delegar en un tercero dicha atribución, lo cual, añade, busca “centralizar, en un visible nivel de la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación, la responsabilidad fundamental por la adopción de una medida de indagación o investigación de esta

naturaleza”. Sumado a lo anterior, no se puede perder de vista que este tipo de actividades tiene como límite temporal el lapso de un año, prorrogable por otro más y que luego de su culminación se debe hacer control judicial posterior, dentro de las treinta y seis horas siguientes a que termine la operación (Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2016).

Entretanto, la Fiscalía General en el Manual de Policía Judicial (2005) hace referencia a esta técnica como:

“...La infiltración y/o penetración a una organización delictiva realizada por servidores con funciones de Policía Judicial o particulares, cuando sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas y con el fin de obtener información de interés para la investigación y EMP y EF... (p. 54).

4.1. Características

Con el fin de puntualizar acerca de las labores que el agente encubierto realiza para el desempeño de sus funciones se retomarán los conceptos que Cardoso (2012) señala, así:

i. El carácter de “medio extraordinario de investigación criminal”

Al respecto señala Cardoso que esta figura no hace parte de las técnicas comunes o tradicionales de descubrimiento de delitos a lo que se suma que por sus características representa un “ataque” a determinados derechos fundamentales, razones por las que suele ser objeto de un mayor nivel de control de legalidad en los respectivos ordenamientos jurídicos (pp. 277-278).

ii. Utilización restringida a la investigación de la delincuencia organizada

Derivada de la anterior, en la medida que, según el autor, representa una fuerte carga de restricción de derechos y garantías fundamentales, la utilización del agente encubierto suele restringirse a la investigación de delitos marcados como de “extrema gravedad” regularmente materializados por organizaciones criminales, pues su utilización en la investigación de otro tipo de fenómenos criminales sería contradictoria con el principio de proporcionalidad (p. 280).

iii. Uso de identidad ficticia o supuesta y el engaño

Esta característica, claramente distante del principio de veracidad que deben atender los agentes del Estado, se encuentra justificada en la necesidad de garantizar el éxito de las operaciones e incluso de disminuir los riesgos que una actividad como esta representa para la vida y la integridad del agente encubierto (p. 285).

iv. La voluntariedad del infiltrado en la operación encubierta

Amén de los riesgos y del impacto que esta labor representa en la vida del agente encubierto, se requiere que quien la ejerza no lo haga por la simple necesidad de cumplir órdenes de sus superiores, sino que debe obrar de acuerdo a su libre voluntad y conciencia, voluntad que incluso debe estar formalizada mediante los soportes documentales correspondientes. Para el autor, por más cualidades y habilidades que tenga el agente encubierto, las probabilidades de éxito de su labor disminuyen sustancialmente si es obligado a infiltrarse en una organización criminal (p. 287).

v. Necesidad de justificación

Característica que obedece a uno de los criterios regulatorios de las normativas penales de los sistemas democráticos de derecho: la necesidad. Recuerda el autor que todas las actividades judiciales deben obedecer a este principio.

Adicional a lo anterior, el autor destaca que la actuación del agente encubierto obedece a los principios de (i) legalidad o sujeción a la ley previa; (ii) especialidad (no son válidas las autorizaciones genéricas); (iii) subsidiariedad (previamente se deben agotar todas las posibilidades investigativas y en consecuencia debe ser la última ratio); (iv) proporcionalidad (equilibrio entre la tensión de la fuerza criminal, la eficacia estatal y los derechos y garantías fundamentales del ciudadano); y (v) principio de control jurisdiccional (autorización, intervención y control judicial) (pp. 291 – 296).

En conclusión, se describen como principales características de esta labor (i) la reserva de identidad, (ii) la designación (que solo puede hacer la Fiscalía General de la Nación, sujeta a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos que contraríen la función pública y afecten la justicia y los tratados internacionales ratificados); (iii) la aceptación (voluntariedad del agente); (iv) temporalidad (limitada en un año con prórroga debidamente justificada por el mismo lapso); y (v) limitación de las actividades (Hernández, 2018, p. 106).

4.2. Requisitos de su desempeño

La figura del agente encubierto aparece en nuestra legislación con la Ley 600 de 2000, como una actividad que se puede realizar en el plano de la cooperación judicial internacional (artículo 500) .. El fiscal General de la Nación podrá celebrar con sus homólogos de otras naciones, actos dirigidos al intercambio de tecnología, experiencia, coordinación de entregas vigiladas, controladas o agentes encubiertos, coordinación de la cooperación judicial, capacitación o cualquier otro que tenga propósitos similares.

En la Ley 906 de 2004, el agente en cubierto tiene una actividad de investigación más amplia, tanto a nivel nacional como de colaboración internacional, requisitos: Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados..

La actividad de agente encubierto requiere de ciertas condiciones que dependen de la naturaleza y la gravedad del delito, el primero de los requisitos para la participación en esta figura es la seguridad del hecho punible.

Verificada la anterior condición, la fiscalía se encarga de diseñar un plan con la policía judicial en donde se reciba y entregue la información con el fin de controlar la estrategia.

Seguido se recolectarán las pruebas materiales, bajo los parámetros normativos legales para lograr evidencias procesales auténticas, pertinentes y eficaces que no desborden elementos como son el debido proceso, la contradicción, el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

La L. 904/2004 delimita para el trabajo encubierto:

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza de los miembros de la organización criminal, para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará...

Cuando la orden de utilización de agentes encubiertos la imparta un fiscal delegado requerirá autorización previa de la Dirección Nacional de Fiscalías (art. 242).

De acuerdo con el Manual de Policía Judicial (2005), el agente encubierto debe realizar las siguientes actuaciones:

- Deberá tener orden escrita del Fiscal de conocimiento, con previa autorización del Director.
- Participar en el tráfico jurídico y social, bajo la identidad supuesta, excepto cuando se trate de un particular.
- Integrar la estructura del grupo delictivo organizado.
- Participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de las actividades primarias y secundarias de la organización, siempre y cuando asuma un rol funcional, no de liderazgo o dirección.
- Ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio

de los miembros del grupo delictivo organizado previo control de legalidad ante el Juez de Garantías. • Realizar seguimientos y vigilancias empleando cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes. • Realizará actos extrapenales con trascendencia jurídica tales como (asumir obligaciones civiles, abrir cuentas bancarias, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades comerciales y civiles, contratar empleados y demás). • Deberá haber un agente de contacto o de control. • Deberá rendir informes sobre la gestión encomendada de conformidad con lo dispuesto en la orden que dispuso la operación encubierta y lo establecido en el programa metodológico de la investigación. • Finalizada la operación o recolectada la información que se necesita, se deberá rendir informe para que el Fiscal acuda a audiencia de control de legalidad, la cual debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes a la finalización de la operación. (p. 34)

...Esta actividad investigativa se podrá prorrogar por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta deberá cancelarse ante el Delegado, Director Especializado o Director Seccional según sea el caso, sin perjuicio del control ante el Juez de Garantías. • Todas las operaciones de agentes encubiertos que puedan vulnerar derechos fundamentales requieren autorización previa del juez de control de garantías, especialmente aquellas que impliquen el ingreso del agente encubierto a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado. (p. 35)

4.3. Personas que pueden actuar como agentes encubierto

Esta técnica, de acuerdo con el Manual de Policía Judicial (2005), puede ser realizada por agentes con funciones de policía judicial, servidores públicos sin funciones de policía judicial o particulares (p. 33)

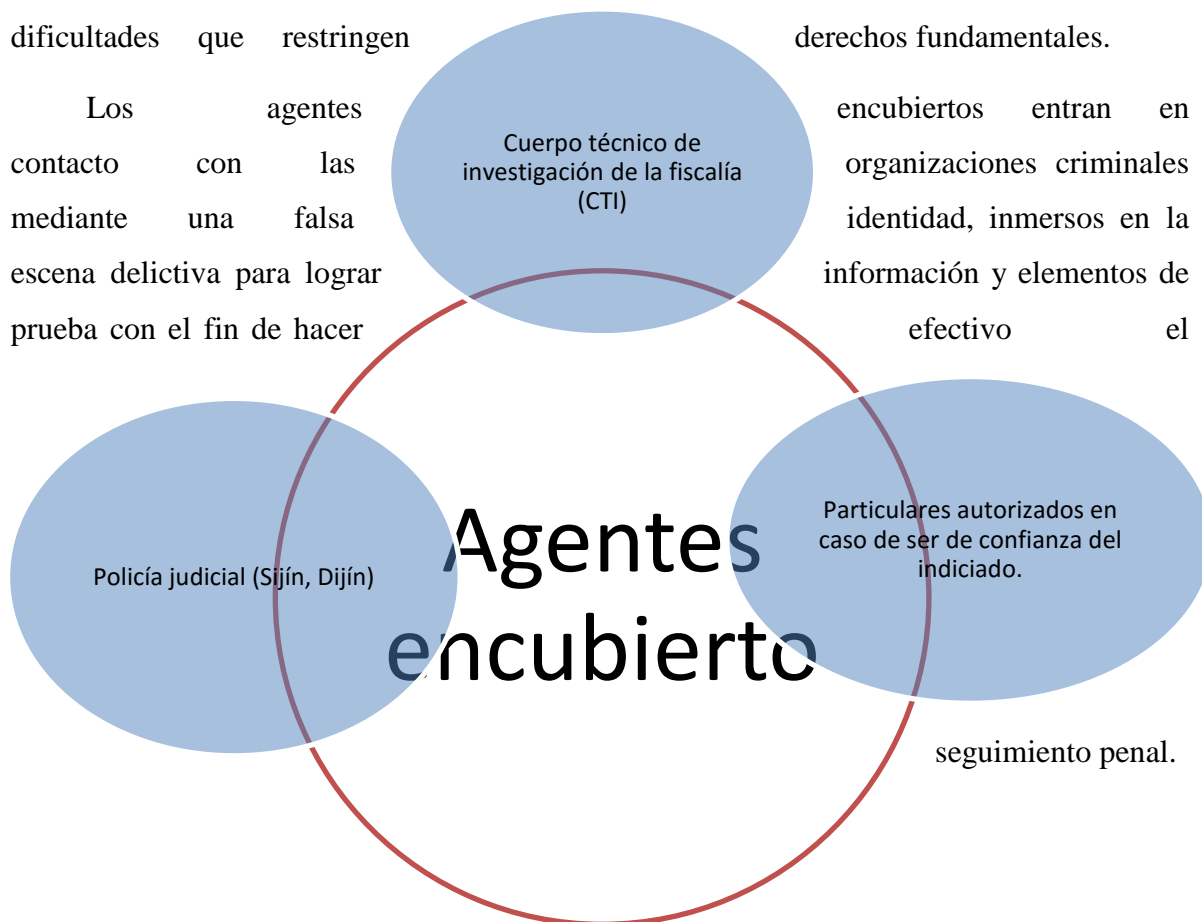
Usualmente realiza el trabajo de agente encubierto un funcionario policial autorizado por autoridad judicial (fiscal)

De acuerdo con la Ley 1908 de 2018, se puntualiza que en algunos casos los miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados pueden actuar como agentes encubiertos.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo también podrá disponerse que los miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados puedan actuar como agentes encubiertos (art. 15).

La infiltración del agente implica además de la existencia de una investigación el indicio de posibles y futuros desarrollos de la actividad delictiva, por tanto, el objetivo del agente se centra en desvertebrar las redes delictivas del mismo, asumiendo así ciertas dificultades que restringen derechos fundamentales.

Los agentes encubiertos entran en contacto con las organizaciones criminales mediante una falsa identidad, inmersos en la escena delictiva para lograr información y elementos de prueba con el fin de hacer efectivo el



4.4. Elemento material probatorio y evidencia física recogidos por el agente en cubierto.

El Manual de Policía Judicial (2005) describe como aspectos importantes en la recolección de materiales para la investigación, previo control de legalidad ante el juez de control de garantías

Realizar seguimientos y vigilancias empleando cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes. • Realizará actos extrapenales con transcendencia jurídica tales como (asumir obligaciones civiles, abrir cuentas bancarias, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades comerciales y civiles, contratar empleados y demás). • Deberá haber un agente de contacto o de control. • Deberá rendir informes sobre la gestión encomendada de conformidad con lo dispuesto en la orden que dispuso la operación encubierta y lo establecido en el programa metodológico de la investigación. • Finalizada la operación o recolectada la información que se necesita, se deberá rendir informe para que el Fiscal acuda a audiencia de control de legalidad, la cual debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes a la finalización de la operación (p. 34).

...En ningún caso el agente encubierto podrá provocar o inducir al indiciado, imputado o investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, o a un tercero ajeno a la organización, a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto. -No podrá vulnerar bienes jurídicos superiores a los de la conducta delictiva objeto de investigación; por ejemplo, atentar contra la vida e integridad de las personas, cometer tortura o desaparición forzada de personas... Se podrá utilizar agentes encubiertos virtuales: “El agente encubierto podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dicho archivos ilícitos. También obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros provistos entre el agente y el indiciado”. Lo anterior dentro de investigaciones por hechos delictivos de organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual (p. 35).

Los particulares en las operaciones en cubierto

Conforme al artículo 242 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía puede autorizar que uno o varios particulares participen en las operaciones encubiertas.

Los requisitos que prevé la Ley son: Podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la

confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

III. EFECTOS

1. Derechos fundamentales

Dentro de las grandes tensiones que presenta esta técnica de investigación es la posibilidad de que el agente encubierto induzca al delito o invada la esfera de privacidad, para procurar el éxito de su labor, desconociendo los derechos de una investigación transparente y contradictoria de las garantías, tanto para la investigación como para el juicio penal, proporcionadas por el debido proceso (art. 29 C.N.).

Como lo menciona Ramírez (2010) en su texto,

En la etapa investigativa del delito, establecida en nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal, que se dice de corte acusatorio, es un imperativo el que la actividad estatal se ciña a unos límites fijados previamente para que no ocurra una injerencia desproporcionada que perturbe o aniquile el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución (p. 16).

2. Derecho a la intimidad

Definida en su tesis de grado por Anaya Marcos María del Carmen (2015)

...una palabra que proviene del latín *intimus*, que significa interior o interno, y que es utilizada para referirse al ámbito más profundo, inherente y reservado de la personalidad del ser humano y al de su familia. El concepto de intimidad es asumido por muchos autores como sinónimo de privacidad o de vida privada. Este derecho a la intimidad también está íntimamente relacionado con otros bienes de la personalidad, como la dignidad, la libertad o el honor. Se reconoce la intimidad unida a una esfera interior de la vida del hombre, y estrechamente vinculado al hogar, domicilio o aspecto físico reservado, que debe ser respetado por todas las demás personas y por el Estado. (p. 35)

2.1. Interferencia en la certeza de las intervenciones sobre la intimidad.

Recuerda la corte que en el artículo 15 de la Constitución se establece que todas las personas tienen derecho a “su intimidad personal y familiar” y que el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar, mencionando además que el artículo 28 prevé que nadie puede ser “molestado en su persona o familia (...) sino (...) con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Menciona igualmente otras normas como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos (nadie será objeto “de injerencias arbitrarias o ilegales” en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación).

Tras relacionar dicha normatividad, la corte recuerda que el Estado puede intervenir en la intimidad del domicilio, de la vida familiar, personal y de las comunicaciones de una persona, solo en virtud de un mandato legal, razón por la que, pese a que los artículos 241 a 242A regulan las hipótesis en las que es posible actuar mediante agentes encubiertos, ello no elimina el riesgo de ver indebidamente vulnerado este principio.

2.2. Interferencia en la intimidad del domicilio.

Al respecto la corte reconoce que los agentes encubiertos están autorizados por la Ley para “ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado” lo que significa que en desarrollo de la labor del agente encubierto se puede interferir en la intimidad domiciliaria de los individuos sujetos a la indagación o la persecución penal, a lo que se suma la posibilidad de ingresar en domicilios de terceras personas, pues todo ello en conjunto determina el éxito de la operación, que desde luego no se obtiene sin un nivel suficiente de confianza por parte de los integrantes de la organización criminal.

Desde luego, lo anterior entraña un riesgo de vulneración para los parámetros contemplados en la Constitución Política de Colombia, particularmente los contenidos en el artículo 28 que reza:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (art. 28)

2.3. Interferencia en la intimidad de las comunicaciones.

Recuerda la corte que en la medida que las operaciones encubiertas consisten en utilizar la confianza de los integrantes de una organización criminal en un particular, o en adquirirla mediante diversos mecanismos con el fin de garantizar el éxito de la misión, ello presupone la posibilidad técnica de acercarse a los miembros de una organización criminal y en virtud a ello, conocer sus comunicaciones. Así, el agente encubierto adquiere conocimiento de múltiples comunicaciones que tengan alguna relevancia para la investigación penal pero que son privadas, conexo a lo cual se adquiere conocimiento de otras que seguramente son irrelevantes pero que igualmente versan sobre asuntos estrictamente privados.

Este riesgo de vulneración a derechos fundamentales entra en contraposición directa al contenido del inciso segundo del artículo 15 de la norma rectora que prescribe que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables (Constitución Política, 1991), norma en la que también se indica que las interceptaciones deben obedecer a órdenes previas emitidas por la autoridad competente.

2.4. Interferencia en la intimidad de la vida familiar.

Para la corte, no existe mejor manera de ganarse o mantener la confianza con el fin de obtener información relevante a la persecución penal que interactuar con el indiciado o imputado, o con terceros, y de conocer, gracias al encubrimiento de su identidad o de sus móviles, su vida familiar.

De esta forma, el agente encubierto tiene la posibilidad de ingresar al domicilio, enterarse de las comunicaciones privadas, conocer aspectos íntimos de las relaciones de familia entre otros aspectos asociados a la privacidad familiar. Dicho de otro modo, la labor del agente encubierto le facilita adquirir información que el grupo familiar del indicado regularmente no estaría dispuesto a dar a conocer a terceros. Por supuesto, algunos de dichos aspectos serían penalmente irrelevantes para el objeto de la investigación, pero ello sugiere la posibilidad de afectar este principio de derecho.

2.5. Interferencia en la intimidad del pasado –jurídico penalmente irrelevante- de los individuos

Señala la corte que el acceso a los lugares de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, bajo una identidad adulterada o con móviles encubiertos, permite que el o los agentes del Estado o a los particulares comisionados, conozcan comunicaciones privadas de quienes habitan o tienen en esos lugares “una expectativa razonable de privacidad”, con lo que además se enteran de la vida de un grupo familiar en su cotidianidad. Lo anterior comprende aspectos como información relativa al pasado íntimo de los integrantes del grupo familiar, su historia clínica, relaciones, antecedentes, historial crediticio, condiciones económicas y/o familiares, entre otros.

3. Derecho a la no autoincriminación

Definida en su tesis de grado por Anaya Marcos María del Carmen (2015)

Este derecho fundamental (*nemo tenetur se ipsum accusare*) parte del principio en que la carga de la prueba le corresponde al que acusa. En virtud de la presunción de inocencia al acusado no se le puede obligar a contribuir con su propia condena, es decir, tiene la libertad de decidir si desea introducir información o elementos de prueba al proceso que lo pueda incriminar. Este derecho incluye tanto la libertad de la persona imputada penalmente de abstenerse a declarar (derecho a guardar silencio) como la libertad de no incriminarse en caso de declarar. Se prohíbe cualquier medio que perturbe o vicie esa voluntad. (p. 36)

3.1. Interferencia en la confianza legítima en las autoridades y en los demás asociados

Además de la incidencia en la intimidad, predica la corte, el hecho de que el Estado admita que uno de sus agentes adultere su identidad, o que un particular encubra los motivos por los cuales mantiene una relación con otra persona, supone una intervención objetiva en el principio de buena fe.

La Constitución establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (art. 83). Esto implica que las autoridades públicas deben por principio ser veraces, obrar con transparencia y no engañar

ni inducir a los particulares a engaños, de manera “que la actividad pública se adelante en un clima de mutua confianza”. El obrar en contrario, como ocurre con regularidad en el caso de las actividades del agente encubierto, implica para la corte “erosionar la confianza en las instituciones estatales”, añadiendo además que al adulterar identidades, encubrir móviles de una relación con otras personas, el Estado asume la responsabilidad por erosionar la confianza que los individuos deben tener entre sí, de acuerdo con la Constitución, y la que debe tener cada persona con las autoridades públicas lo que induce a la desconfianza mutua en las relaciones humanas.

3.2. Interferencia en el principio de legalidad material y el Estado de Derecho

Otro aspecto de riesgo en términos de legalidad para las actividades del agente encubierto según la corte tiene que ver con la posibilidad de que estos lleven a cabo actos extrapenales o para mejor entenderlo, conductas que la ley tipifica como delito, las cuales, de acuerdo a la jurisprudencia “mientras se mantengan dentro de los límites del orden legal y constitucional, no han de conducir al agente encubierto que las cometa a recibir una condena penal, por cuanto se aplican a su caso las causales de ausencia de responsabilidad previstas en la ley”. Pese a ello, la corte reconoce que la realización de este tipo de comportamientos “supone lesionar o amenazar bienes jurídicos” aunque estén justificados por la necesidad de “garantizar una persecución eficaz de la criminalidad organizada”. El dilema surge cuando se examina que esta facultad es contradictoria con el principio de legalidad material a partir del cual el Estado adquiere la obligación de proteger a todos los habitantes del territorio en sus “bienes” y demás derechos y libertades.

En resumen, se trata de una labor sumamente valiosa y por demás necesaria para el cumplimiento de las finalidades del Estado, particularmente los relacionados con la lucha contra las organizaciones criminales, que entraña por sus características, riesgos de vulneración a diferentes derechos fundamentales, razón por la cual se hace imperativo que se ciña a los principios anteriormente relacionados, pero además, que sea objeto de un control escrupuloso de legalidad por parte de las autoridades judiciales competentes para el efecto.

IV. MARCO NORMATIVO COLOMBIANO

La investigación ha sido aplicada históricamente de manera informal y frecuente por las agencias policiales, su legitimación formal, a nivel internacional, comienza a promoverse a partir de la Convención de la Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, Convención de Viena.

Al respecto señalaba Martínez Doncel Rafael (citando la Convención de Viena) que

Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas (art. 11, num. 2).

Doce años después, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, la Convención de Palermo, identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el apartado primero del artículo 20 para atacar el crimen organizado.

Ramírez (2010), recuerda que si bien la primera referencia del agente encubierto en la legislación colombiana se encuentra en la Ley 600 de 2000 (art. 500), con anterioridad a ello se utilizó sin normatividad o sustento legal refiriéndose primordialmente a la década de los años 70 durante la denominada “bonanza marimbera” época en la que miembros de la Policía Nacional tuvieron destacadas actividades de este tipo particularmente en la Costa Atlántica región en la que se estructuraron y operaron las principales organizaciones criminales dedicadas al comercio de marihuana de la época (p. 31).

Tal labor ha sido analizada por la Corte Constitucional en varias sentencias, siendo unas de ellas la C-591 de 2005 y la C-1260 del mismo año en las que la corte de cierre se inhibió, por ineptitud de la demanda, de estudiar la exequibilidad de la expresión “o, incluso particulares” del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, que fue demandada bajo el argumento que consistía una puerta de entrada a la privatización de la justicia, ocurriendo lo mismo en las sentencias C-606 de 2006 y C-543 de 2008.

Más adelante, mediante Sentencia C-156 de 2016 la Corte Constitucional presentó una serie de consideraciones que desembocaron en la exequibilidad parcial de la mencionada norma, exequibilidad condicionada a que en el momento en que las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, estas deben ser precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior, decisión que se tomó a partir de las consideraciones que se relacionan a continuación.

El agente en cubierto ha sido denominado como una técnica de investigación con el propósito de recaudar elementos probatorios utilizados por la Fiscalía General de la Nación, definida por la normativa colombiana no solo en el Código de Procedimiento Penal sino en el Código de la extinción de dominio, la L. 1708/2014 (art. 162, 173).

Ahora bien, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, el agente encubierto es el funcionario de la policía judicial:

Quando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente (art. 241).

Actualmente, la labor del agente encubierto en Colombia encuentra su sustento normativo en el contenido del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), normatividad que reza:

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. 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.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente (art. 242).

V. AGENTES ENCUBIERTO EN OTROS PAÍSES

La jurisprudencia en materia penal sobre el agente encubierto no es lo suficientemente amplia enuncia Carrasco Orellana (2013)

La jurisprudencia en esta materia, es escasa ya que por la propia labor que desempeña el agente encubierto, la mayor parte de sus actuaciones se realizarán en la etapa de investigación del proceso, y como en ciertos ilícitos no es necesaria la autorización judicial previa, el juez en ningún momento conocerá y juzgara esta acción. Sin embargo, el análisis jurisprudencial es esencial, ya que la legislación actual permite un ámbito de discrecionalidad considerable al ente persecutor, y es la jurisprudencia quien debe fijar los límites en las actuaciones, y llenar aquellos vacíos que no contempla la ley (p. 1).

1. Argentina

Argentina se ha reconocido como el primer país latinoamericano que adoptó la figura de agente encubierto con la ley de drogas (23.737)

Sobre el tema de agente encubierto, se ha tomado como referente el caso del Fiscal vs. Fernández Víctor

...los hechos de ese caso fueron poco menos que fascinantes. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar en la ciudad de Mendoza, la policía había detenido a un ciudadano boliviano de nombre Fernández, secuestrándosele cocaína que éste tenía en su poder. Por dichos de Fernández vertidos durante su detención, la policía localizó a otro boliviano llamado Chaad, al que también se le encontró cocaína.

Fernández alertó además a los agentes policiales que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga, procedente de Bolivia. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió conjuntamente con Fernández a la vivienda en cuestión. Esta resultó ser, ni más ni menos, que el Consulado de la República de Bolivia, quien lo dejó pasar.

El policía, sin identificarse en ningún momento, ingresó también. A requerimiento de Fernández, el cónsul le entregó en presencia del policía, nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno. El cónsul fue luego llamado a un lugar público con el pretexto de prestar asistencia a su connacional Chaad y allí se practicó su detención.

Hubo una razón para esta doble estratagema (ingreso de un agente policial de civil y engaño para hacer salir al cónsul de su residencia). La Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, aprobada por ley 17.081, prohíbe la requisa de los locales consulares. La simple visita a ese lugar sí está permitida, siempre que sea consentida por el jefe de la oficina consular (art. 31 de la Convención) (...).

(Pág. 140) (...) Entre otras razones dijo que el consentimiento que el cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado, puesto que se le había

ocultado tanto que su amigo Fernández estaba ya detenido, como que quien lo acompañaba era en realidad un policía, que nunca se identificó como tal (...). (...) La Corte revocó, sosteniendo principalmente que aquí no se estaba ante un verdadero allanamiento, sino ante un ingreso consentido (...). Al comienzo de su considerando 10 el Alto Tribunal sostuvo que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. (pág. 142) (...) pues la legitimidad del empleo de agentes encubiertos depende de que estos se mantengan dentro del estado del derecho, lo que no ocurrirá si concluimos que en un caso concreto existió de parte del agente encubierto una verdadera instigación (...). (pág. 145) (...). (Blum, 2014)

Este caso no niega el conocimiento de las garantías constitucionales ni sobre el tratamiento que debe tener el agente encubierto en este tipo de situaciones.

2. Chile

El caso chileno es abordado bajo leyes que encierran delitos como la pornografía infantil, el sistema de inteligencia del Estado, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el lavado, abigeato y terrorismo y blanqueo de activos

Se revisa el procedimiento RUC 0901180682-9 de la Fiscalía Local de Tomé relacionado con delitos de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades en el año 2009, caso analizado en revista Jurídica del Ministerio Público 46

El Tribunal Oral en lo Penal de Concepción dio por aprobados los siguientes hechos: “Que el día 09 de diciembre de 2009, en la comuna de Tomé, el acusado José Saladino Vera Barraza, en las cercanías de su domicilio particular ubicado en la calle Caracol N° 0512, del sector de Bellavista, alrededor de las 14.50 horas, le vendió a un transeúnte dos envoltorios de papel contenedores de 1,1 gramos de la especie vegetal cannabis sativa o marihuana, del tipo denominado “paraguaya” o “prensada”, a un precio de \$2.000 (dos mil pesos).

Días después, específicamente el 16 de diciembre de 2009, el mismo acusado José Saladino Vera Barraza, alrededor de las 18.00 horas, localizándose nuevamente en los alrededores de su domicilio ubicado en la calle Caracol N°0512, del sector de Bellavista, Comuna de Tomé, le vendió a otra transeúnte un cigarrillo artesanal de cannabis sativa o marihuana, también del tipo denominado “paraguaya” o “prensada”, a un precio de \$1.000 (mil pesos).

La falla del procedimiento en este caso vulneró el debido proceso en tanto la investigación se realizó sin orden previa del fiscal, violando las formas procesales previstas en la Constitución. (p. 119)

3. España

España fue uno de los países que junto con Alemania se convierten en modelos a seguir por parte de Chile para la aplicación de la figura investigativa. Se basa en la normativa de la Ley de enjuiciamiento criminal, art. 282

Gascón (2001) en sus comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2001:

Ramón V. R., Ricardo M. C. y Julio Germán F. B. c. Ministerio Fiscal. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 9 de noviembre de 2001, recurso de casación núm. 1144/2000. Penal: recurso de casación contra Sentencia de 2 de diciembre de 1999, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander en proceso penal por delito contra la salud pública. Magistrado Ponente: Jiménez Villarejo.

En febrero de 1995 un agente de la Guardia Civil se infiltró en el ambiente de la drogadicción de Torrelavega (Cantabria), al tener sospechas de que Ramón V. R. se dedicaba al tráfico ilícito de hachís. El 21 de diciembre de 1995, acompañado de otro agente que también ocultaba su identidad y condición, se personaron en el taller que regentaba el sospechoso y concertaron la venta de seis kilos de hachís, a 150.000 pesetas el kilo; en dicha

conversación, que fue grabada subrepticamente por los agentes, intervinieron también Ricardo M. C. y Julio Germán F. B. Alcanzado el acuerdo, Ramón V. emplazó a los dos agentes a que le llamaran a su teléfono móvil para fijar lugar y momento de entrega. A la cita acuden Ricardo M. y Julio Germán F., que resultan detenidos por los agentes tras comprobar que portaban una bolsa con el hachís encargado. Con posterioridad se procedió al registro del taller de reparación regentado por Ramón V., donde se encontraron más cantidades de hachís e instrumentos para pesarlo y cortarlo.

Concluida la investigación, y tras la celebración del juicio oral, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia el 2 de diciembre de 1999, en la que condenó a Ramón V. R. a pena de cuatro años de prisión y multa, y a Ricardo M. C. y Julio F. B. a penas de tres años de prisión y multa, como responsables de un delito contra la salud pública. (p. 110)

Se falla a favor de los condenados por la vulneración al secreto de las comunicaciones, por ilicitud en la grabación y existencia de la autoincriminación.

4. Colombia

Con el fin de tener un acercamiento a la manera como se desarrolla labor del agente encubierto se han estudiado el caso correspondiente al radicado penal número 1100160000982011000 en el que se estudió la responsabilidad penal del abogado R. B. P., con ocasión de un ofrecimiento por parte de éste a un testigo protegido en el exterior de nombre D.H.L., de una suma considerable de dinero (US\$. 100.000) a cambio de ofrecer un testimonio favorable a los intereses de su cliente, investigación en la que fungió como agente encubierto el funcionario A.CH. M., cuya labor permitió la detención y judicialización del mencionado profesional del derecho.

En dicho expediente, se hacen múltiples referencias a la labor del agente encubierto, encontrándose tanto las autorizaciones de las autoridades judiciales competentes como el control posterior ordenado por la norma penal, en los que se examinaron los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, proceso tras el cual se conceptualizó como legal la labor del agente que en definitiva resultó determinante para el éxito de la

investigación que culminó con la captura de R.B. P el 15 de febrero de 2011 y la incautación de ciento veinticinco mil dólares que fueron encontrados en un edificio ubicado en la calle 12 con carrera séptima de la ciudad de Bogotá.

Se colige entonces no solo la aplicación de la normatividad legal vigente en materia de la labor del agente encubierto, sino además, la gran utilidad de dicha técnica investigativa que deriva en resultados como los contenidos en el mencionado expediente en el que se logra interceptar y neutralizar la labor de un profesional del derecho que de acuerdo al expediente tendría vínculos con la organización criminal de Alias Macaco que a su vez tenía relación con el proceder delictivo de un miembro del legislativo colombiano, senador L.A.G.C.

Finalmente, se puede concluir que en los casos vistos, existen en todos los países la figura del agente encubierto, la cual está en todos regulada por la normativa. No obstante, dicha normativa se asimila entre ellos, se utilizan mecanismos similares, los cuales requieren no solo de la norma sino del control de legalidad correspondiente con el fin de garantizar los derechos de cada una de las partes actoras del proceso.

VI. CONCLUSIONES

El aumento de las conductas criminales requiere de acciones por parte del Estado, para ello se ha connotado la figura de agente encubierto, dicha figura se presenta a nivel internacional con las mismas características en tanto la normatividad, la legalidad y las restricciones que la labor requiere para no afectar ni vulnerar los derechos fundamentales de los indiciados

La actuación de los agentes encubierto implican riesgos tanto para los derechos fundamentales como para las garantías procesales; por ello requiere de una aplicación rigurosa de los parámetros legales instaurados por la normativa nacional e internacional.

La figura de agente encubierto es eficaz para los objetivos que se crearon siempre y cuando se encuentre dentro del marco legal cumpla con el fundamento jurídico que le implementa la fiscalía como elemento indispensable de la investigación con sus respectivas

limitaciones de tiempo y control y con el respeto a los derechos de las personas investigadas.

VII. REFERENCIAS

Anaya Marcos María del Carmen (2015). El agente encubierto. Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal.

Blum Carcelén, Jorge M. (2014). Agente encubierto: legislación comparada. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/agente-encubierto-legislacion-comparada>

Cajiao, A., González, P., Pardo, Daniel, & Oswaldo, Z. (2018). Fundación Ideas para la Paz., EN: Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia - España: Recuperado el 25 de octubre de 2018 <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5ac3f4c9d69a1.pdf>

Cardoso, P. F. (2012). Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos. Recuperado el 25 de octubre de 2018, de Repositorio Universidad de Salamanca: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf

Carrasco Orellana, Betsabé, López Rojas Margarita. (2013). Agente encubierto: análisis crítico de su regulación en la legislación nacional. Recuperado en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113934?show=full>

Colombia. L. 1708 de 2014. Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Enero 20 de 2014. Diario Oficial N° 49.039.

Colombia. L. 906 de 2004. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31 de 2014. Diario Oficial N° 45.658.

Colombia. L. 1908 de 2018. Por medio de la cual se fortalece la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Julio 9 de 2018. Diario Oficial N° 50.649.

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá D.C.

Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa, abril 6).

Fiscalía General de la Nación. (2005). *Manual único de policía judicial*. Bogotá D.C.

Hernández, G. J. (2018). *La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia*. Prolegómenos - Derechos y Valores, xxi (41), 99-114. Recuperado el 27 de octubre de 2018, de Dialnet-LaAnticorrupcionEnColombiaElAgenteEncubiertoYLaFun-6314667.pdf

Gascón Inchausti Fernando (2002). *Infiltración policial de corta duración, secreto de las comunicaciones y derecho fundamental a no declarar contra sí mismo*. En Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2001, publicado en Tribunales de Justicia.

Naciones Unidas. (2000). Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito. Recuperado el 26 de octubre de 2018, de Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Martínez Doncel Rafael. (2007). *El agente encubierto*. (Trabajo de grado). Universidad Nacional de Educación a distancia. Fundación seguridad ciudadana. Recuperado en: https://iugm.es/wp-content/uploads/2016/07/TRABAJO_FINAL_DE_RAFAEL_MARTINEZ_DONCEL.pdf

Quiroz Álvarez, Eloy. (1999). *Entregas vigiladas y operaciones encubiertas*. Memorias primer Simposio Internacional de Investigación Criminal, en disco compacto, Cartagena.

Ramírez, Jaramillo, Andrés. (2010). *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Medellín: Universidad de Antioquía.

Rank, M. (2014). *Espías, espionaje y operaciones encubiertas. Desde la antigua Grecia hasta la guerra fría*. Madrid: Five Minute.

Redondo Hermida Álvaro (2008). *El "agente encubierto" en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, N° 45, pp. 94-105.

Internet

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>

<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AGENTE%20ENCUBIERTO%20FINALIDAD.pdf>

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15242/GutierrezGarzonArianaAlexandra2016.pdf;jsessionid=DB87DC8286B1A5CB1FD6A344B2DD09C6?sequence=5>